کتاب

منیة الطالب

فی

حاشیة المکاسب

میرزا محمد حسین غروی نائینی

جلد ۲-۱

بسم الله الرحمن الرحیم

منیه الطالب فی حاشیه المکاسب

کاتب:

موسی بن محمد نجفی خوانساری

نشرت فی الطباعهٔ:

المطبعه الحیدریه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

منیه الطالب فی حاشیه المکاسب

اشاره

سرشناسه : خوانساری نجفی، موسی، ۱۲۵۴ - ۱۳۲۲.

عنوان قراردادی : المکاسب.شرح

عنوان و نام پدیدآور : منیه الطالب فی حاشیه المکاسب/ تالیف موسی النجفی الخوانساری؛ تقریرا لابحاث آیت... محمدحسین الغروی النائینی؛ طبع علی نفقه مکتبه المحمدی.

مشخصات نشر : طهران: مطبعه حیدری، ۱۳۷۳ق.= ۱۳۳۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

یادداشت : عربی.

یادداشت : افست ازروی چاپ گراورسازی رشدیه.

موضوع : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب -- نقدو تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : نایینی، محمدحسین، ۱۲۳۹-۱۳۱۵.

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب . شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف۸م۳ ۷۰۳۳ ۱۳۳۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۹۷۶۲۲۰

ص: ۱

الجزء الأوّل

[المکاسب المحرمه]

اشاره

هذا هو الجزء الأوّل كتاب منيه الطّالب فى حاشيه المكاسب لمؤلّفه حجّه الإسلام الحاج شيخ موسى النجفىّ الخوانسارى دامت إفاضاته

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ و به نستمد و نستعين

الحمد للّه رب العالمين و الصّلاه و السّلام على أشرف الأوّلين و الآخرين محمّد و آله الأئمّه الطّيبين الطّاهرين و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين أبد الآبدين

و بعد فيقول أفقر العباد إلى رحمه ربه البارى موسى بن محمّد النّجفى الخوانسارى هذا ما استفدته ممّن انتهت إليه رئاسه الإماميّه فى القرن الرابع عشر شمس سماء التّحقيق و قطب رحى التّدقيق شيخ الفقهاء و المجتهدين أستاذ الجهابذه الأساطين حجّه الإسلام و المسلمين آيه اللّه فى العالمين شيخنا و ملاذنا الميرزا محمّد حسين الغروى النائينى متّع اللّه العلماء ببقائه فى حكم المكاسب و حيث إنّ الفقهاء جزاهم اللّه عن الإسلام و أهله خير الجزاء أفادوا فى هذا الباب بما لا يخلو عن خلط و تخليط و إيجاز و تطويل و إن كان بعضهم أتى بما لا مزيد عليه و لكنّه لم يدخله تحت جامع فالمهمّ لنا تنقيح التكسب باعتبار نفس المعامله و باعتبار ما يتعلّق الكسب به على نحو يدخل تحت ضابط عام بعون اللّه الملك العلّام و توضيح ذلك فى ضمن مقدّمه و فصول

أما المقدّمه

فاعلم أنّ التكسب باعتبار الحكم ينقسم إلى أقسام أربعه الحرام و المكروه و المستحبّ و المباح و لا يتّصف بالوجوب ذاتا

نعم قد يكون واجبا بالعرض و منه الواجبات النّظاميّه الكفائيّه الّتى قد يعرضها الوجوب العينى إذا انحصر من يقوم بها بشخص خاص فإنّ الصنائع التى تجب كفائيا لم يتعلّق الأمر بها ابتداء بحيث تكون واجبات نفسيّه كالصّلاه على الميّت و نحوها و إنّما تجب لحفظ النّظام

و قد جرت عاده غير واحد على تقسيمه إلى محرّم و مكروه و مباح لتوهّمهم عدم وجود المستحبّ الذّاتى فى الكسب كالوجوب و لكنّه لا يخفى أنّ الزّرع و الرعى ممّا ندب إليهما شرعا أصاله فتأمّل هذا بحسب الحكم و أمّا باعتبار نفس المعامله فينقسم إلى قسمين قسم يتعلّق بتبديل الأعيان بالأموال كباب البيع و ما يلحق به و قسم يتعلّق بتبديل المنافع كالإجاره و ما يلحق بها

ثم إنّ حقيقه المعامله عباره عن تبديل أحد طرفى الإضافه بإزاء أحد طرفى الإضافه من إضافه أخرى فى مقابل الإرث فإنه

تبديل المالكين أى باب المعامله تبديل المملوكين

و بعباره واضحه لا شبهه أنّ الملكيه من الأمور الاعتباريه العقلائيه التى تكون لها نفس أمريّه بنظر العقلاء و تكون منشأ للآثار فى عالم الاعتبار

و المراد بالاعتباريه فى اصطلاحنا هو الأمر المتوسّط بين الأمور المتأصّله العينيّه و الأمور الانتزاعيّه فالأوّل كالأعيان الخارجيّه و الثّانى كالقبليه و البعديّه و الجزئيّه و الشرطيّه و نحو ذلك ممّا ليس له وجود إلّا باعتبار منشإ انتزاعه و الأمور الاعتباريّه كالملكيّه و الوجوب و الحرمه و الولايه و نحو ذلك فإنّ ما لا يكون له وجود فى وعاء إلّا بتشريعه أى ما كان وجوده التكوينى عين وجوده الإنشائى و عين اعتباره ممن بيده اعتباره فهو أمر اعتبارى و لا شبهه أنّ الملكيه من أوضح مصاديق الأمور الاعتباريّه القابله للجعل أصاله و هى قد تحصل من الإرث و أخرى من المعامله و هى عباره عن تبديل طرف الإضافه بطرف إضافه أخرى الّذى ينقسم إلى تبديل الأعيان بالأموال أو المنافع بها

ثمّ إنّ الحرمه المتعلّقه بالمعامله عباره عن حرمه هذا المعنى أى حرمه تبديل المال و المنفعه لا حرمه إنشاء المعامله و لا حرمه آثارها كالتصرف فى الثمن و لا قصد ترتّب الأثر عليها و ذلك لأنّ نفس الإنشاء من حيث أنّه فعل من الأفعال و تلفظ بألفاظ لا وجه لأن يكون حراما إلّا إذا كان مزاحما لتكليف آخر كالبيع وقت النداء و هكذا قصد تحقّق المنشئ الإنشاء من حيث إنه أمر قلبى لا وجه لحرمته إلّا إذا كان تجريا أو إعانه على الإثم

و أمّا حرمه الآثار فهى مترتّبه على فساد المعامله و حرمتها لا أنّها هى المحرّمه ابتداء فما يكون محرّما حقيقه و يكون متعلّقا للنهى هو نفس التّبديل الّذى اعتباره بيد مالكه و لو لا نهى الشّارع الّذى هو مالك الملوك و ينفذ اعتباره من كلا طرفى الإثبات و النّفى

و بعباره أخرى نفس المنشإ بالعقد الّذى هو أمر اعتبارىّ و فعل إيجادى من المنشئ هو المحرّم لا آله الإيجاد و هو التلفّظ و لا القصد و لا الآثار ثم إنّ حجه الحرمه تاره راجعه إلى عدم كون ما يتكسّب به مالا عرفا كالحشرات

و أخرى راجعه إلى إسقاط الشارع جهه ماليّته كالخمر و الخنزير و ثالثه إلى حرمه نفس المعامله لعدم صلاحيّه المال لوقوع المعامله به على هذا الطريق الخاص كالزياده فى المتجانسين

و محلّ بحثنا فى المكاسب المحرّمه راجع إلى حرمه التكسّب باعتبار تعلّق الكسب بالأعيان الخارجيّه فمثل المعامله الربويه خارجه عن موضوع البحث

ثم إنّ ماليّه المال إمّا باعتبار خاصيّته كالحبوبات و الفواكه و نحوهما فإنّ بذل المال بإزاء الحنطه أو بإزاء الماء إنّما لكونه ممّا يؤكل أو يشرب فالانتفاع به إنما يكون باعتدامه و إمّا باعتبار منافعه كالأراضى و المستغلّات فالانتفاع به بإبقائه

و على أىّ حال يتوقّف صحّه التكسّب به على كونه مالا عرفا و عدم إلغاء الشارع جهه ماليته فمثل الخنافس تدخل فيما يحرم

الاكتساب به لعـدم كونه مالا عرفا أى لعدم وجود خاصـيّه فيه و لا منفعه له لما عرفت أن مناط ماليّه المال بأحدهما و يندرج فيه جميع مـا يسـتقذره الطّبع من الحشـرات و الأبوال الطّاهره فإنّ هـذه الأشـياء و إن أمكن لها منافع نادره و خاصـيّه اتّفاقيّه إلّا أنّهما ليسـتا منـاطين لمـاليّه المـال و لاـ يقـاس بالعقـاقير و الأدويه فإن لهما منافع معتـدّ بها لأنّ المرض طبيعى للحيوانات فالاحتياج إلى الأدويه فى حال الأمراض يوجب اقتناءها لبيعها عقلائيا

و بالجمله ليس المهمّ تنقيح الصّغريات و إنّ السّباع و المسوخات و الأبوال أموال أم لا فإن منافع هذه الأشياء فى زماننا هذا كثيره جدا بل وجود

المکائن الموجوده التی تؤخذ بها أدهان الحشرات و تستعمل فی الصّابون أوجب إدخالها فی المکاسب العقلائیّه فضلا عن مثل دود القز و العلق و أبوال الحیوانات التی یصبغ بها الصّوف و جلود السّباع إذا کانت مذکاه و نحو ذلک

ثم إنّ دلیل الحرمه التی هی فی المقام عباره عن عدم تحقّق النّقل و الانتقال لا ـ ما یترتّب علیها العقاب مضافا إلی الإجماع المحقّق کما یظهر للمتتبع فی کلام الأعلام بعد إحراز الصّغری و عدم الاعتبار بالمنفعه النّادره فإنّها بحکم العدم هو أن أکل المال بإزاء هذا الکسب أکل بالباطل و الأولی إدخال هذا القسم فی شرائط صحّه البیع لا فی المکاسب المحرّمه و إنّما ذکرناه تبعا لشیخنا الأستاذ مد ظلّه فلنرجع إلی ما یکون الاکتساب به محرّما شرعیّا لإسقاط الشارع جهه مالیّته و توضیحه فی ضمن فصول

الفصل الأوّل لا یجوز بیع الأعیان النّجسه

اشاره

و لا سائر أنحاء المعاملات من غیر فرق بین أن یکون حیوانا أو مبدأ حیوان کالکلب و الخنزیر و المنیّ و غیره و من غیر فرق بین أن یکون مائعا کالخمر و الدّم و البول و أن یکون جامدا کجلد المیّته و العذره و اللّحوم المحرّمه النّجسه

و یدلّ علیه النبویّ المعمول به عند الفریقین إنّ اللّه إذا حرم شیئا حرّم ثمنه و فی الفقه الرّضوی بعد تصریحه بما یجوز بیعه و شراؤه و هبته و عاریته قال و کل أمر یکون فیه الفساد ممّا قد نهی عنه من جهه أکله و شربه و لبسه و نکاحه و إمساکه بوجه الفساد و مثل المیّته و الدم و لحم الخنزیر و الربا و جمیع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما أشبه ذلک فحرام ضار للجسم و فساد للنفس فإن قوله ع فحرام فی مقابل قوله فهذا کلّه حلال بیعه و شراؤه ظاهر فی حرمه الاکتساب بجمیع أنحائه

و فی دعائم الإسلام و ما کان محترما أصله منهیّا عنه لم یخبر بیعه و لا شراؤه و مقتضی ذلک تحریم بیع عذره الإنسان

و ما دلّ علی جواز بیعها معارض بمثله و الجمع الدلالی و إن لم یمکن بینهما و لکن بعد معارضه الطّائفتین فالمرجع عموم ما دلّ علی أنّ کل محرّم حرم بیعه و لا یمکن حمل أخبار الجواز علی البلاد الّتی ینتفع بها فیها فإن مناط الحرمه لیس لعدم کونها مالا عرفا بل لکونها محرّمه فکونها مما ینتفع بها لا یوجب جواز بیعهما فإنّ الخمر و المیّته و الخنزیر أیضا ممّا ینتفع بها

و بالجمله لم یدلّ دلیل غیر مبتلی بالمعارض علی استثناء بیع العذره عن أنواع النّجاسات

نعم لو قلنا بأنّ النّجاسه مانعه عن صحّه البیع إذا توقّف الانتفاع بالشی ء علی طهارته و أما إذا لم یتوقف علی طهارته فلا مانع من صحّه بیعه و لا ـ شبهه أن منافع العذره فی بعض البلاد من أهم المنافع فعلی هذا یمکن الجمع بین المتعارضین باختلاف البلاد لمناسبه بین الحکم و الموضوع و لا یبعد دعوی کون المناسبه من القرائن المکتنفه بالکلام فبهذه المناسبه یخرج الجمع بینهما عن الجمع التبرعی أو التورعی و لکنّه لا یخلو عن إشکال و سیجی ء ما هو الأصل فی جواز البیع و عدمه فی مطلق النّجاسات

ثم إنّ هاهنا فروعا ينبغی التعرّض لها

الأوّل ألحق بالنّجاسات المتنجّسات فی حرمه المعاوضه عليها

و مقتضـی النّبوی و روايه الـدّعائم أن تكون كـذلك و لكن ينبغی تقييدها بما توقّف منافعها المحلّله المقصوده علی طهارتها مع عدم كونها قابله للتّطهير كالمائعات المضافه

و أمّا إذا لم يتوقّف استيفـاء منفعتهـا علی طهارتهـا كـالفرش و الأمتعه و نحو ذلـك أو أمكن تطهيرهـا بلا خروجها عن عنوانها كالماء المتنجّس و الأوانی المتنجّسه فلا ينبغی الإشكال فی صحّه المعامله عليها و ذلك

لأنّه لو لم يمكن تطهيرها و توقّف خاصيّتها و منفعتها على طهارتها كالخلّ النّجس و نحوه فحيث إنه ليس مالا شرعا فلا يجوز المعامله عليها و أمّا لو لم يكن كذلك فحيث إنّ الشّارع لم يسقط ماليّتها فلا مانع من المعامله عليها

بل يمكن أن يقال و إن لم يكن مرضيّا عندنا كما سيجى ء لم يجب على البائع إعلام المشترى بنجاستها لعدم قيام دليل على وجوب إعلام النّاس بالنّجاسات و ليس البائع سببا لأكل المشترى أو شربه النّجس حتى يحرم من هذه الجهه

الثّانى استثنى من عدم جواز بيع النّجس أمور

الأول المملوك الكافر

و هذا فى الجمله لا إشكال فيه بناء على أنّ مناط حرمه بيع النّجس عدم كونه قابلا للمنفعه المقصوده منه

و بعباره أخرى إنّما أسقط الشارع ماليه النّجس إذا توقّف الانتفاع المعتد به على الطهاره و أمّا لو لم يتوقّف عليها كالاستخدام الّذى هو مناط ماليّه العبد فلا مانع عن بيعه فعلى هذا لا فرق بين أن يكون كافرا أصليا و أن يكون مرتدا مليّا أو فطريا لأن مناط الصحه لم يكن قابليه العبد للطّهاره حتى يقال بأن المرتد الفطرى لا يقبل توبته فلا يطهر بالتّوبه

فما عن بعض الأساطين فى شرحه على القواعد من ابتناء جواز بيع الفطرى على قبول توبته لا وجه له نعم هنا إشكال آخر فى بيع الفطرى يجرى فى المحارب أيضا و هو كونه فى معرض التّلف فإنّ المحارب بعد الاستيلاء عليه لا يقبل توبته كالمرتدّ الفطرى و لكن هذا أيضا لا يوجب سلب ماليّته لأنّه كالمريض المأيوس عن برئه فتأمّل

الثانى الكلب الصيود و الحارس

أمّا الصّيود فيدلّ على جواز المعامله عليه جمله من الأخبار منطوقا و مفهوما و بعضهم قيّده بالصّائد السّلوقى و لا وجه له إلّا دعوى الانصراف و لا منشأ له إلّا غلبه الوجود و لا يخفى عدم إيجابها تقييد المطلقات

فالأقوى خروج مطلق الكلب المعلّم على الصّيد عن قوله ثمن الكلب سحت و لا يمنع نجاسته أيضا عن وقوع المعامله عليه بعد تصريح الأدلّه بجواز بيعه

هذا مضافا إلى ما قيل من أنّه لا ينجس موضوع عضّه و على فرض نجاسته لا يتوقّف الانتفاع المقصود منه على طهارته

و الفرق بينهما بأنّ السّلوقى لا يأكل ما اصطاده دون غيره لا يوجب تفاوتا فى صحّه المعامله عليهما

و أمّا الحارس سواء كان للماشيه أو للزّراعه أو البستان أو الحائط و الخيام و نحو ذلك فقد قيل إنّ الأشهر بين القدماء هو المنع بل ظاهر الأخبار الوارده فى كلب الصّيد هو حصر الجواز فيه

إلّا أنّ مقتضى ما أرسله شيخ الطّائفه فى المبسوط من أنّه روى ذلك يعنى جواز البيع فى كلب الماشيه و الحائط صحّه بيعه لأن إرساله منجبر بعمل المشهور مع عدم إحراز إعراض القدماء عنه فإنّ الظّاهر أنّ القدماء لم يظفروا بهذه المرسله فشهره المنع بين أرباب الفتاوى من القدماء و أصحاب الحديث كالصّدوقين و الكلينى قدّس اللّه أسرارهم لا توجب الإعراض عنها فيمكن حمل الأخبار الوارده فى الكلب الصّيود على المثاليّه بل لا يخفى أنّ المنفعه المقصوده من الحارس أهمّ من المنفعه المقصوده من الصّائد

هذا مضافا إلى ما ثبت اتّفاقا من جواز إجارتها و ثبوت الدّيه لها و ما يقال ثبوت الديه كاشف عن عدم جواز المعامله عليه و إلّا تثبت القيمه فيها فهى كالحرّ لا قيمه له و له ديه ففيه أنّ الدّيه وردت فى الكلب السّلوقى أيضا مع الاتفاق على جواز المعامله عليه

و بالجمله ظاهر عباره جمله من المتأخرين ثبوت الجواز إجماعا فيمكن حمل أخبار المنع على خصوص كلب الهراش و الكلب العقور نعم الأحوط ترك بيعه و إن كان اقتنائه للحرس لا إشكال فيه ففى الصّحيح لا خير فى الكلاب إلا كلب صيد أو ماشيه

و فى الغوالى على ما فى المستند أنّ النبى ص أمر بقتل الكلاب فى المدينه إلى أن قال فجاء الوحى باقتناء الكلاب التى ينتفع بها فاستثنى ص كلاب الصّيد و كلاب الماشيه و كلاب الحرث و أذن فى اتخاذها

الثالث العصير العنبى بعد الغليان و إن لم يذهب ثلثاه

فإنّه يجوز المعامله عليه و لو على القول بنجاسه و ذلك لما ذكرنا فى المتنجّس أنّ سلب الماليّه شرعا منوط بعدم قابليه المتنجس للتّطهير و عدم إمكان الانتفاع به فى حال النّجاسه و لا يخفى قابليه العصير العنبى للطهاره بإذهاب ثلثيه و لا ينتقض ذلك بالخمر فى أنّه قابل للتّطهير بصيرورته خلّا للفرق بينهما فإنّ الخمر لا يقبل الطّهاره إلّا بتبدّل موضوعه و هذا بخلاف العصير

و بالجمله كفى للفرق بينهما ورود الدّليل الخاص على حرمه بيع الخمر و الدليل العام و هو عدم جواز بيع ما كان محرّما أصله و لم يدلّ دليل بالخصوص على حرمه بيع العصير و لا يشمله الأدلّه العامّه فإنّه ليس محرّم الأصل و لا من العناوين النّجسه و قوله ع و إن غلا فلا يحلّ بيعه محمول على ما إذا باعه بلا إعلام للمشترى بأنّه غلا أو كنايه عن حرمته حين الغليان

و يشهد له ما ورد فى روايه أبى كهمش إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال فلا بأس و ما فى مرسل ابن الهيثم إذا تغيّر عن حاله و غلا فلا خير فيه فإنّ قوله و هو حلال فلا بأس شاهد على أنّ جهه المانعيّه عن البيع هى الحرمه فإذا بيع للاستحلال بإذهاب ثلثيه فلا مانع منه و الإنصاف ظهور الروايات الخاصه فى حرمه البيع فلو ثبت إعراض الأصحاب عنها فهو و إلّا فالجواز مشكل و إعلامه بغليانه لا يؤثر فى الجواز بعد ظهور الأخبار لا سيّما الأوّلين فى حرمه بيعه فتأمل جيّدا

الفرع الثّالث استثنوا من المتنجّسات الدّهن

اشاره

و لا بدّ أن يجعل المستثنى الأدهان المتوقف استيفاء المنافع منها على طهارتها أى إذا كانت المنفعه المقصوده من الدّهن أكله فنجاسته مع عدم قابليّته للتّطهير يوجب عدم جواز الاكتساب به و أمّا إذا لم تتوقّف على طهارتها كالأدهان المستعمله فى المكائن فلا معنى لاستثنائه إلّا إذا قلنا بأن كلّ ما صار نجسا و لم يمكن تطهيره لا يجوز بيعه و كيف كان فالدّهن المتنجّس على أقسام ثلاثه قسم تكون منافعه المقصوده هو أكله كالسّمن و دهن اللّوز و نحوه و قسم مشترك بينه و بين إسراجه كالزيت و قسم يختصّ بالإسراج كالنّفط و نحوه و على أىّ حال حيث دلّ الدّليل على جواز بيع الزيت و السّمن فيجوز بيع كل ما كان مختصّا بالأكل أيضا إنما الكلام فى مقامات

أحدها هل يجب على البائع اشتراط الاستصباح على المشترى أم يصحّ مطلقا

أو يفرق بين ما كان منفعته مختصّه بالأكل أو مشتركه و ما كان منفعته المقصوده هى الاستصباح فلا يعتبر الاشتراط فى الثانى دون الأوّل وجوه

و الأقوى جواز بيع جميع الأقسام بلا شرط لعدم دليل على اعتبار الاشتراط حتّى فيما كان منفعته مخصوصه بالأكل لأنّ المفروض بالنّجاسه لم يسقط عن الماليّه غايه الأمر نقص عن قيمته فإذا بيع بقيمه ما يسرج به فلا مانع من صحته سواء كان المشترى عالما بأنّه يمكن الإسراج بدهن البنفسج أو لا يكون عالما به لأنه إذا باعه بقيمه النّفط فجهل المشترى بهذه المنفعه لا يسقطه عن هذه الماليّه الواقعيّه

و بالجمله لو اشترط البائع صرفه فى الأكل فيمكن القول بفساد البيع لأنّه أكل للمال بالباطل و أمّا لو لم يشترط هذا و لم يشترط صرفه فى الاستصباح أيضا فلا وجه للبطلان

الثانى هل يجب إعلام المشترى بالنّجاسه أم لا

ثم على الوجوب هل هو شرطىّ أو نفسى الأقوى وجوب الإعلام نفسيا أمّا وجوبه فلقوله ع

و أعلمهم إذا بعته و قوله ع و يبينه لمن اشتراه ليستصبح به

و أمّا كونه نفسيا فلأنّ قوله ع ليستصبح به ظاهر فى أن منشأ الوجوب عدم وقوع المشترى فى محذور الأكل و إلّا لا ملازمه بين الاشتراء و الاستصباح فاستفاده شرطيّه الإعلام لصحّه البيع لا وجه لها ثم بناء على هذا يمكن استفاده وجوب إعلام المشترى فى كل ما يتوقّف استعماله على الطّهاره كالأوانى فإنّها و إن صحّ بيعها مع نجاستها و لكن يجب الإعلام بها نفسيا لئلّا يقع المشترى فى استعمال النّجس بل يمكن استفاده وجوب إعلام المسلمين بنجاسه ما يتوقّف استعمالها على الطّهاره من عدّه من الروايات و تمام الكلام موكول إلى محلّه

ثم إنّه قد ينسب إلى المشهور أنه يجب الاستصباح تحت السّماء و لا مدرك له سوى ما أرسله الشّيخ فى المبسوط فقال روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف و لا يخفى أنه لو عملنا به و لم نحمله على الاستحباب فلا بدّ أن يحمل على التعبّد الصرف لأنّ السّقف لا ينجس بدخان النّجس حتى يحمل على الإرشاد لعدم نجاسه دخان النّجس مع أنه لا محذور فى تنجّسه حتى يرشد إلى تركه

الثّالث هل يجوز الانتفاع بالدّهن المتنجّس لغير الاستصباح

بأن يعمل صابونا أو يطلى به الأجرب أو السّفن أم لا و تنقيح ذلك يتوقّف على تأسيس الأصل فى المتنجسات و النّجاسات حتّى يكون هو المرجع عند الشكّ

فنقول أمّا المتنجّسات فالأقوى جواز بيع كلّ ما لا يتوقّف الانتفاع به على طهارته فإنّ هذا هو الّذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجّس فإذا كان للشى ء منافع مقصوده فعروض النّجاسه عليه لا يمنع عن نفوذ بيعه بل يمكن استفاده هذا المعنى من روايه تحف العقول و الفقه الرّضوى و دعائم الإسلام

ففى الأوّل و كلّ شى ء يكون له فيه الصّلاح من جهه من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريته

و فى الثّانى اعلم رحمك اللّه أن كلّ مأمور به على العباد و قوام لهم فى أمورهم من وجوه الصّلاح الّذى لا يقيمهم غيره ممّا يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون فهذا كلّه حلال بيعه و شراؤه و هبته و عاريته

و فى الثّالث أن الحلال من البيوع كلّ ما كان حلالا عن المأكول و المشروب و غير ذلك ممّا هو قوام للنّاس و يباح لهم الانتفاع و لا يعارض ذلك النّبوى إذا حرّم اللّه شيئا حرّم ثمنه لأنّه بعد ما أحرزنا جواز الانتفاع بالشّى ء و لو بالاستصحاب فلا يدخل تحت ما حرمه اللّه بل يمكن استفاده الجواز من الأخبار الخاصّه المتفرّقه كجواز بيع الدّهن للاستصباح و جواز بيعه لمن يعمله صابونا كما فى كتاب النّوادر من الرّاوندى بإسناده عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام و فيه سئل ع عن الشّحم يقع فيه شى ء له دم فيموت قال تبيعه لمن يعمله صابونا

و بـالجمله فالأـقوى جواز بيع المتنجّسـات إذا كـانت لهـا منافع معتـده بحيث إنّ العقلاء يبـذلون بإزائها المال سواء نقصت قيمتها بعروض النّجـاسه لهـا أم لاـ نعم لو صـارت بسـبب عروض النّجـاسه ممّا لا ينتفع به عاده فهـذا خارج عن موضوع البحث لأنّه فى حكم الخنفساء

و أما النّجاسات فالأصل فيها أيضا جواز البيع لجواز التصرّف فيها بما لا يتوقّف على الطّهاره العموم قوله ع كلّ شى ء حلال حتّى تعرف أنّه حرام فأصاله الإبـاحه تخرجهـا عن موضـوع قـوله ص إذا حرم اللّه شـيئا حرم ثمنه و ورد أخبـار خـاصّه فى بعض منها بالجواز

فعن القاسم الصّيقل قال كتبت إلى الرّضا عليه السّلام أنّى أعمل غماد السيوف من جلود الحمر الميّته فيصيب ثيابى أ فأصلى فيها فكتب إلى اتّخذ ثوبا لصلاتك و نحوه ما روى عن أبى القاسم الصّيقل و ولده و ما ورد فى صحيحتى الحلبى إذا اختلط المذكّى بالميته بيع ممّن

يستحلّ الميّته و مثلهما ما ورد عن عليّ بن جعفر

و ما ورد عن الوشاء قال لأبى الحسن ع جعلت فداك إن أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها فقال حرام هى ميته فقلت جعلت فداك فيستصبح بها فقال أ ما علمت أنّه يصيب اليد و الثوب و هو حرام فإن ظاهره تقريره فى جواز الاستصباح إذا لم يصب اليد و الثوب ما ورد فى جواز بيع العبد الكافر و كلب الصّيد

ثم إنّه لا يستفاد من روايه تحف العقول و دعائم الإسلام و النبوى قاعده كليه مطرده فى جميع النّجاسات بحيث لا يقبل التّخصيص لأنّ غايه الأمر أنّها عمومات مع أنّ من نفس الخبرين الأوّلين يستفاد أن مناط الفساد المعاملى ليس مجرّد حرمه الشى ء و نجاسته بل المدار على عدم كونه ممّا ينتفع به و كونه مما فيه الفساد

و بعباره أخرى لا يستفاد من هذه الأخبار مجرّد التعبّد بحرمه بيع النّجاسات و المحرّمات بل منشأ فساد البيع توقّف استيفاء منافعها على طهارتها فإذا فرضنا أنّ جلد الميّته لا يتوقّف استيفاء المنافع المهمّه منه على طهارته فلا بأس ببيعه

و الأخبار الوارده فى حرمه بيع جلد الميّته قابله للحمل على بيعه لما يتوقّف الطّهاره عليه فتكون إرشادا لعدم قابليه الانتفاع

و كيف كان فيعم البحث فى المقام الموارد المنصوصه أيضا مثل الميّته و الخمر و النّبيذ و نحو ذلك فإنّ المقصود أنّه إذا فرض هناك منفعه مهمه عقلائيه و لم يتوقّف استيفاء المنفعه على طهاره الشى ء كالاستقاء بجلد الميّته للزرع و نحوه فمجرّد كونه نجسا لا يمنع عن جواز بيعه و على هذا فبيع العذره فى البلاد التى تنتفع بها لا بأس فيه و هكذا نفس الميّته و الخمر

نعم لا يبعد أن يقال إنه يجب فى البيع قصد المنفعه المحلّله و يؤيّده الأخبار الدالّه على وجوب الإعلام فى الدّهن المتنجّس فإن حمله على التعبّد كما تقدم بعيد بل الوجه فيه أنّه إذا كان للمال منافع مطلقه فلا وجه لقصد المنفعه الخاصه دون الأخرى بل عنوان المبيع هو ذات الشى ء بذاته و أمّا إذا كان له منافع خاصّه و توقّف استيفاء هذه المنفعه على طهارته فليس ذات الشّى ء عنوانا للمبيع بل المنفعه كذائيه و المفروض أنّ قصد المنفعه الكذائيه يتوقف على العلم بالطّهاره فيجب التّنبيه على النّجاسه

و بعباره أخرى لا شبهه أنّ عناوين الأشياء هى مناط ماليّتها لا الجسم المطلق الّذى هو الماده المشتركه بين ما لا قيمه له و ما له قيمه فإذا فرضنا أنّ نفس العنوان بما أنّه عنوان الخمر و الميّته لا ماليّه لها إلّا باعتبار منفعته الخاصه فكما يجب تعين العنوان فى المبيع و لا يصحّ بيع القدر المشترك بين الحمار الوحشى و العبد الحبشى فكذلك يجب تعيين عنوان كون العبد مسلما أو كافرا إذا فرضنا أنّه لا يبذل بإزاء الكافر مالا أو أنّ الشّارع سلب جهه ماليّته من حيث كونه كافرا فعلى هذا إذا بيع الخمر لا بدّ أن يقصد منفعه الّتى لا تتوقّف على الطهاره أو بيع ممن يشتريه للتّخليل و لا يصحّ بيعه ممّن يشربه لأنّ مع علم البائع بأنّ المشترى يشربه لا يمكن أن يقصد العنوان الّذى به يكون الخمر مالا

و بالجمله حيث إنّ المسأله ليست إجماعيّه كما يظهر للمتتبع فيها و لا يستفاد من الأخبار الوارده فى المقام التعبديّه الصرفه بحيث يفهم منها أنّ الشّارع سلب الانتفاع بالنّجاسات رأسا و ألغى ماليّتها أصلا بل ظاهرها أنّ جهه حرمه بيعها كونها ممّا لا ينتفع بها

فأصاله الجواز و قاعده حلّ الانتفاع بما فى الأرض جميعا لا حاكم عليها إلّا فيما يتوقّف منفعتها على طهارتها و على هذا فإذا جاز اقتناء الخمر للتخليل و العذره للتسميد و الميّته لإطعام جوارح الطير أو إيقادها فبيعها لهذه الأمور لا مانع عنه

و أمّا

القول بجواز الصّلح دون البيع فلا وجه له لأنّ الصّلح فى هذه الأمور ليس إلّا عباره عن البيع و كونه عقدا مستقلا أيضا لا يصح الصلح بلا عوض نعم دفع المال لرفع ذى الحقّ حقّ اختصاصه أمر آخر

الفصل الثّانی ما یحرم التكسب به لوجود صفه محرمه فیه أو لغایه محرّمه

اشاره

ثم الصّفه تاره خارجیّه و أخرى معنویّه و تنقیح البحث فیه فی ضمن مسائل

الأولى ما كان جهه حرمته وجود صفه خارجیّه فیه

اشاره

و هو على قسمین قسم لا یقصد من وجوده على هذه الصّفه إلّا الحرام و قسم لا یختصّ به بل یستعمل فیه و فی الحلال

أمّا الأوّل فكالصّنم و الصّلیب

و الآلات المعدّه للقمار و الآلات المختصّه باللّهو و أوانی الذهب و الفضّه فإنّ هذه الأشیاء لا تكون لها منفعه محلّله و بهذه الهیئات فعلى هذا لا إشكال فی حرمه الاكتساب بها

و یدلّ علیه النبوی و روایه تحف العقول فی قوله نظیر البرابط و المزامیر و الشّطرنج و كل ملهو به و الصّلبان و الأصنام و ما أشبه ذلك إلى أن قال فحرام تعلیمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره علیه و جمیع التقلّب فیه

و لكن لا یخفى أنّ المتیقّن من حرمه الاكتساب بها ما إذا باعها متشكّله بهذا الشكل ممّن یقصد الانتفاع بهذه الصوره من دون أن یشترط علیه كسرها و أمّا لو باع مادّه هذه الأشیاء بشرط أن یغیّر المشتری هیئتها و كان المشتری ممّن یوثق بدیانته فلا إشكال فی جواز بیعها فإنّ الخشب الّذی هو مادّه هذه الأشیاء أو النّحاس أو الذّهب لم یخرج عن المالیّه بلحاظ عروض هذه الصّوره علیه

نعم إنّما زادت قیمته فإذا باع نفس الماده بهذین القیدین فلا إشكال فی جوازه إنّما الإشكال فی صورتین إحداهما ما إذا باع الماده بشرط تغیر صورتها ممن لا یوثق بدیانته و ثانیتهما بیع الماده ممن یوثق بدیانته بلا شرط التّغیر و لكن الأقوى الجواز فی الصّورتین

نعم یتوهّم فی الأولى حرمته من باب الإعانه على الإثم و فیه ما سیجی ء مع قصد بیع الماده و الاشتراط بتغیر الهیئه لا یدخل فی

موضوع الإعانه فإن حرمتها مختصّه بما إذا قصد بها الإعانه على الإثم

و لا يشمل قوله عزّ من قائل وَ لٰا تَعٰاوَنُوا من يعلم بوقوع الإثم من المشترى و نحوه و إلّا لحرم على الرجال إبراز رقابهم مع علمهم بأن النساء ينظرون إليها

و أمّا القسم الثانى كالطّبل

الذى يمكن استعماله فى اللهو و الحرب و الدّراهم الخارجه التى يمكن استعمالها فى المحرّم كالبيع و الشّراء بها مع المسلمين و المحلّل كالتزين و بيعها و شرائها مع من لا حرمه لماله فلا إشكال فى أنّه يجوز التكسّب بها لو لم يقصد المنفعه المحرّمه نعم إذا اكتسب بها مع المسلم يجب إعلامه لمدخليّه قصد عنوان المبيع فى الصّحه

و يدلّ عليه ما رواه الشيخ بإسناده عن محمّد بن مسلم قال قلت لأبى عبد اللّه ع الرّجل يعمل الدّراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعها قال إذا بيّن ذلك فلا بأس

هذا و لكن الأقوى أن يقال إنّ الدراهم على أقسام ثلاثه قسم لا ينقص عن السكه الرائجه من حيث الوزن و الأصل و قسم مغشوش و قسم مغاير لها جنسا كما إذا كان الرائجه ذهبا و كانت هذه نحاسا

أمّا القسم الأخير فلا يجوز المعامله عليه و لو مع من يحلّ أخذ ماله بلا عوض لأنّ ظاهر الأخبار الدالّه على وجوب كسرها أو إلقائها فى البالوعه هو عدم جواز المعامله بها فكان وجه إلقائها فى البالوعه كون وجودها منشأ للفساد فعلى هذا حيث إنّ المعامله بها مع الكفار أيضا قد توجب وصولها إلى يد المسلم فلا يجوز المعامله عليها

و أمّا المغشوشه فلا يجوز المعامله معها إلّا إذا علم مقدار الغشّ و إلّا يكون

العوض مجهولا و فى مورد الجهل لا يمكن تصحيحه بتبعّض الصّفقه فإن مورده ضمّ ما لا يملك إلى ما يملك و نحوه و المقام ليس إلّا موضوعا واحدا

و أمّا الخالصه الغير الرائجه فإن وقع المعاوضه على نفس العين فلا إشكال فى صحّتها غايه الأمر عند تبيّن الخلاف يثبت خيار العيب و التّدليس لمن وصلت بيده و بعد وقوع المعاوضه على هذا الخاص لا يمكن القول ببطلانها التبدّل العنوان فإنّ العنوان فى المقام ليس دخيلا فى الماليّه

و على كلّ تقدير فلو وقعت المعامله على الكلّى و وقعت هذه الأقسام فى مقام الإيفاء فالمعامله صحيحه و أمّا فى مثل الطّبل فحيث إنّه بنفسه مبيّن العنوان فنفس عدم قصد العنوان المحرّم كاف فى الصّحه

الثانيه ما كان جهه حرمته وجود صفه معنويّه فيه

كالجاريه المغنيه و العبد الماهر فى القمار و اللّهو و السرقه و نحو ذلك و لا إشكال فى حرمه الاكتساب به لو قصد المنفعه المحرمه و عليه يحمل ما ورد بأنّ ثمن الجاريه المغنيه سحت و ما ورد ما ثمنها إلّا كثمن الكلب و أمّا لو قصد نفس الموصوف دون الصّفه فلا إشكال فى الصّحه لأنّه مال عرفا و شرعا لأنّ المبغوض هو إعمال الوصف فيما هو حرام شرعا و أما ذات العبد و الجاريه فلم يخرجا عن الماليّه و يدلّ عليه ما فى ذيل روايه الدّينورى عن أبى الحسن ع قال قلت جعلت فداك فأشترى المغنيه أو الجاريه تحسن أن تغنى أريد بها الرّزق لا سوى ذلك قال اشتر و بع

الثّالثه ما إذا قصد فى المعامله غايه محرمه كبيع العنب بشرط أن يعمله خمرا

و بيع الخشب بشرط أن يعمله صليبا أو صنما و لا إشكال فى حرمه هذه المعامله و فسادها لكون الأكل فى مقابلها أكلا للمال بالباطل و يدلّ عليه عدّه من الأخبار

منها خبر جابر سألت أبا عبد اللّه ع عن الرّجل يؤاجر بيته فيباع فيها الخمر قال حرام أجرته بناء على حمله على ما إذا شرط المؤجر فى عقد الإجاره ذلك أو حمله على ما إذا علم المؤجر أنّ المستأجر يعمله فى ذلك فيدلّ على ما نحن فيه بالأولويّه

و منها مكاتبه ابن أذينه عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذ منه صلبانا قال لا و منها روايه عمرو بن الحريث عن التوت أبيعه ممّن يصنع الصليب أو الصّنم قال لا بناء على اشتراط ذلك فى البيع و تواطئهما على ذلك فإن نفس القصد على ذلك أيضا كاف فى الفساد لما عرفت أنّ الصّحه و الفساد و الحليه و الحرمه دائران مدار قصد المحلّل و المحرم

الرّابعه ما إذا لم يقصد المعامله لغايه محرّمه و لكنّه يعلم يترتب الغايه المحرّمه عليها

كبيع العنب ممن يعمله خمرا و بيع الخشب ممّن يعمله صنما أو صليبا و مقتضى قواعد المعاوضه عدم حرمتها لعدم دخولها فى أحد العناوين المحرمه و مجرّد ترتّب محرم عليها مع وقوعها عن اختيار من المشترى لا يوجب حرمتها و لكن ظاهر روايه عمرو

بن الحريث و مكـاتبه ابن أذينه حرمتهـا لأنّ حملهما على ما إذا اشترط البائع على المشترى ذلك بعيـد و التّفصـيل بين بيع العنب ممن يعمله خمرا و بيع الخشب ممن يعمله صنما فيقال بالصّحه فى الأوّل و الفساد فى الثّانى أبعد

فيمكـن حمـل الرّوايـتين على الكراهـه لمعارضـتهما مع هـو صـريح فى جـواز بيـع العنـب ممـن يعلم أنّه يجعله خمرا أو مسـكرا كالمكاتبه الأخرى لابن أذينه و روايه أبى كهمش بعد عدم الفرق بين الخمر و الصّنم أو الصّليب

و يشهد لهذا الجمع روايه رفاعه عن بيع العصير ممّن يصنعه خمرا قال بيعه ممّن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلى و لا أرى به بأسا فإن قوله أحبّ ظاهر فى أنّ بيعه ممّن لا يـذهب ثلثيه أو لا يصـنعه خلا غير محبوب أو يلتزم بالتّفصـيل و إن كان بعيـدا بمقتضـى التعبّد

و كيف كان مع معارضه الأخبار الصّريحه فى الجواز لهذين الخبرين لا يمكن

الالتزام بما هو ظاهرهما فالأقوى جواز هذه المعامله تكليفا و صحّتها وضعا نعم قد يقال بحرمتها من جهه كونها إعانه على الإثم و لكن الأقوى عدم دخولها فى موضوع الإعانه على الإثم و توضيح ذلك يتوقّف على إشاره إجماليّه إلى حكم الإعانه على الإثم و تنقيح موضوعها

فنقول لا إشكال فى حرمتها لظاهر الآيه الشريفه و لا إشكال فى عد إمكان تخصيصها بعد تحقّق موضوعها لأنّ هذه من العناوين الغير القابله للتّخصيص فإنّها كنفس المعصيه و كالظّلم فإنّه كما لا يمكن أن يكون معصيه خاصه مباحه فكذلك لا يمكن أن تكون الإعانه على المعصيه مباحه

فما عن الحدائق بعد ما حكى عن الأردبيلى قدس سره من القول بالحرمه فى مسألتنا من جهه كونها إعانه على الإثم من أنه جيّد فى حد ذاته لو سلم من المعارضه بأخبار الجواز لا وجه له لأنّه لو كان بيع العنب ممّن يعلم بأنّه يعمله خمرا داخلا فى عنوان الإعانه فلا يمكن أن يدلّ دليل على جوازه فمع ورود الدّليل على الجواز نستكشف بأنّه ليس داخلا فى هذا العنوان و أمّا موضوعها فقد قيل باعتبار أمرين فيه أحدهما إيجاد فعل بقصد تحقّق الإثم من الغير الثّانى وقوع الإثم من الغير بحيث لو لم يتحقّق الإثم لم يكن الإيجاد حراما من جهه صدق الإعانه و إن حرم من جهه قصد الإعانه بناء على ما اختاره من أنّ قصد المعصيه بنفسه من المعاصى و قد يقال بكفايه نفس قصد تحقّق الإثم من الغير و إن لم يقع الإثم و قد يقال لا يعتبر القصد إذا تحقّق الإثم و قد يقال بعدم اعتبار تحقّق الإثم و لا القصد بل نفس بيع العنب ممن يعلم أنّه يعمله خمرا حرام و إن لم يعمله خمرا و لا قصد البائع ببيعه وقوع الحرام من المشترى

و الحق أن يقال إنّ الفعل الواقع من شخص تاره يقع فى سلسله علل فعل فاعل الإثم و أخرى لا يكون كذلك و إن لم يمكن أن يصدر الإثم بدونه بل كان من المبادى البعيده و ذلك كتجاره التّاجر الّتى لولاها لم يمكن للعشار أن يأخذ عشرها و هذا فى الحقيقه خارج عن المبادى أيضا فإنّ المبادى هى الّتى تتحقّق بعد الإراده التقديريه من المريد و هذا بمنزله الموضوع لتحقّق الإراده التقديريّه فإنّه لو لا تجاره التّاجر و غرس الكرم من الزّارع لم يمكن حصول العشّار و الخمّار فبعد تحقّقهما لو كان أحد خبيث النفس يصير عشّارا أو مخمرا

و بالجمله لو لم يكن فى العالم ما يمكن أن يجعل خمرا لم يمكن للخمار أن يحصل له إراده تقديريه على تخمير العنب أى إرادته التّخمير على تقدير اشتراء العنب و تهيه سائر المقدمات حاصله فى ظرف وجود العنب

و كيف كان سواء كانت هذه من المبادى أو لا فهذه خارجه عن موضوع البحث إذا كان قصد التاجر التّجاره لتحصيل أغراضه النّفسانيّه و قصد الغارس كذلك لا إذا غرسه لذلك

و أمّا إذا كان واقعا فى سلسله علل فعل الفاعل و من مبادى فعله فهذا على قسمين لأنه قد لا يتوقّف فعل الإثم إلّا على عمل المعين كمن كان بانيا على ضرب مظلوم فيتناوله المعين العصا و أخرى يتوقّف على أمور أخر كتخمير الخمّار فإنّه بمجرد شراء العنب لا يمكن أن يحصل منه الخمر

فلو كان من الأوّل فلا إشكال فى أنّه يصدق عليه الإعانه على الإثم و لو لم يقصد معطى العصا إعانته على الضرب بل يمكن أن يقال بأن مع علمه ببنائه على الضّرب لا ينفكّ قصد الإعطاء عن قصد الإعانه و لو كان من القسم الثّانى فيمكن أن يقال بإلحاقه بالقسم الأوّل و يمكن أن يقال بأنه ملحق بتجاره التّاجر و على أى حال موضوع البحث فى الإعانه ما إذا لم يكن فعل المعين عله تامّه لصدور الفعل عن الإثم بلا اختيار

و إلا فيدخل فى باب الأسباب و المسبّبات

و بالجمله بعد ما فرض أنّ موضوع البحث هو الإعانه فى المقدمه المشتركه بين ترتب المحرّم عليها و المحلّل نقول فرق بين بيع العنب و إعطاء العصا فالصواب أن يجعل البحث فى أنّه هل يلحق بيع العنب بباب إعطاء العصا الّذى هو من قبيل الجزء الأخير لعلّه التامّه أو يلحق بتجاره التاجر أو لا يلحق بشى ء منهما و الأقوى هو الفرق بينهما و بين بيع العنب فلا يلحق بتجاره التّاجر و لا بإعطاء العصا

أمّا تجاره التّاجر فلأنّها بمنزله الموضوع لأخذ العشر و ليست من مباديه فلا تحرم إلّا إذا قصد التوصّل بها إلى وقوع الحرام من العشار لأنّ كلّ ما وقع بقصد التوصّل إلى صدور الحرام من الغير و لو كان بيع الطعام ممّن يعلم بأنّه يشتريه للتّقوى به على المعصيه فهو داخل فى الإعانه على الإثم سواء قلنا بأنّ شراء المشترى حرام أم لا

أمّا إذا قلنا بحرمته فلأنّه إذا كان شراء من يتقوّى بالطّعام حراما من باب أنه شروع فى الحرام فلا إشكال فى أن البيع إعانه على الحرام و لو لم يقصد به التوصّل إلى الحرام فضلا عما إذا قصد

و أمّا لو لم نقل بأنّه حرام من باب عدم حرمه مقدّمه الحرام التى لا يترتّب عليها الحرام قهرا كما برهن ذلك فى محلّه و ثبت الفرق بينها و بين مقدمه الواجب و لم يقم وجه آخر على حرمته أيضا إلّا ما يقال إنه تجرّ إلى الحرام و هو حرام و هذا ممنوع فإنّ الشراء بنفسه ليس تجرّيا حتى يكون البيع مقدّمه للتجرى بل التجرى هو الشراء بقصد التوصّل به إلى الفعل المحرّم

و لا يقال إذا كان المجموع المركّب من الشراء مع القصد تجرّيا فكلّ واحد من أجزاء المركّب مقدمه للمركّب فإذا كان التجرى حراما فالشراء الّذى هو مقدّمه للتجرى أيضا حرام لأنّا نقول أوّلا لا يدخل أجزاء المركب فى بحث مقدّمه الحرام و الواجب و ثانيا أن مقدّمه الحرام الّذى هو التجرى إنّما تكون محرمه إذا كانت تجرّيا أيضا و إلّا فلا دليل على حرمه مقدمه الحرام و كونها تجرّيا لكونها مقدّمه للتجرى يتوقّف على إتيانها بقصد التوصل إلى التجرى و هذا مع أن المشترى لا يقصد بشرائه التوصّل إلى التجرى لا يمكنه أن يقصد ذلك و إلّا لتسلسل و ذلك لأنّه إذا كان القصد إلى التجرى تجرّيا و المفروض توقّف التجرى على القصد فلا بدّ أن يقصد القصد و هكذا

و بالجمله و لو لم نقل بحرمه شراء الطّعام للتقوى على المعصيه إلّا أنّ البيع بقصد التوصّل إلى صدور الحرام من المشترى حرام و على أى حال بيع العنب ممن يعلم بأنه يعمله خمرا لا يشبه تجاره التّاجر فإنه واقع فى سلسله أفعال الفاعل دون التّجاره فإنّها خارجه و بمنزله الموضوع لها فلا ملازمه بين حليّه التجاره و حليّه بيع العنب فإذا قصد حصول الخمر و باع ممّن يعمل بأنه يعمله خمرا فيحرم لأنّ المفروض أنّ البائع يقصد ببيعه حصول الخمر من المشترى فبيعه بقصد تخمير المشترى إعانه على الإثم

و بعباره أخرى لا نقول بحرمه البيع بقصد توصّل الغير إلى الحرام لكونه إعانه على الشراء حتى يقال بعدم حرمه المعان عليه بل لكونه إعانه على التّخمير و على هذا فظهر الفرق بين الإعانه بالعصا و الإعانه بالبيع أيضا فإنّ الأوّل يحرم و لو يقصد به توصّل الغير إلى الحرام بخلاف الثانى

فتحصل مما ذكرنا أن كل فعل وقع من المعين و لم يكن بينه و بين فعل العاصى غير اختياره العصيان فهذا حرام و لو لم يقصد بفعله توصّل العاصى به إلى العصيان و يندرج فيه إعطاء العصا ممن كان مصمّما لضرب مظلوم و بيع السلاح من أعداء الدّين حين قيام الحرب و إعطاء الكأس لمن أراد شرب الخمر و بيع العصير المتنجس على مستحلّه

و إعطاء السيف لمن يريد أن يقتل أحدا و هكذا و كلّ فعل لا يقع الحرام به بل يتوقّف على أمور أخر كبيع العنب ممّن يجعله خمرا فهذا لا يندرج تحت الإعانه على الإثم إلّا إذا قصد البائع به توصل المشترى بالعنب إلى التخمير فإن الشراء الذى هو مقدمه الحرام و إن لم يكن بحرام إلا أن البائع حيث قصد من بيعه كون المشترى متمكنا من التخمير فيندرج فى الإعانه على الإثم

ثم إنه قد يستدل بحرمه بيع العنب ممن يعلم أنه يعمله خمرا بأن دفع المنكر كرفعه واجب و لا يتم إلا بترك البيع فيجب تركه فيحرم فعله

و لا يخفى أن هذا الاستدلال يصح إذا فرضنا أن ترك البيع يؤثر فى ارتداع الخمار عن التخمير فبناء على تأثيره فيه يمكن دعوى حرمه البيع من باب ثبوت الملازمه عرفا بين وجوب دفعه بعد تحققه و المنع عن تحققه و لذا يقال بحرمه تنجيس المسجد من جهه استكشافها عن وجوب إزاله النجاسه عنه

و أما لو لم يؤثر ترك البيع فى ترك التخمير لوجود العنب عنده أو وجود مائع آخر فلا وجه لحرمته و لا يقال إن بيع بائع آخر لا يوجب حليه بيع هذا فإن ظلم ظالم لا يسوغ الظلم لأنا نقول فرق بين ما كان الشى ء واجبا على نحو الكفائى و بين ما كان واجبا على جماعه بوصف الاجتماع فإنه لو كان ترك البيع واجبا على كل أحد كفائيا فيحرم البيع على كل من باع استقلالا

و أما لو كان قائما بالمجموع فلا وجه لحرمته على كل أحد و فى المقام لم يقم دليل على وجوب ترك البيع على كل واحد كفائيا بل لا يمكن أن يدل دليل كذلك فإنه لا معنى لتعلق النهى على شى ء كفائيا و لا على وجوب الترك كذلك بل لا بد إما أن يقوم دليل على وجوب الفعل كفائيا أو حرمته استقلاليا أو وجوب الترك مجموعيا و فى المقام لا مناص عن الأخير فإن النهى عن المنكر إنما يكون واجبا إذا كان مؤثرا و تأثير ترك البيع فى دفع المنكر متوقف على ترك الجميع لأن بيع واحد على البدل يتحقق المنكر

الفصل الثالث ما يحرم الاكتساب به لغايه محرمه تترتب عليه شأنا من دون قصد البائع ترتب هذه الغايه من شراء المشترى

كبيع السلاح من أعداء الدين مع عدم قصد تقويهم به و مع عدم قيام الحرب بينهم و بين المسلمين

و لا يخفى أن حرمه هذا القسم لا تدخل تحت العناوين الكليه و القواعد العامه فلا بد من الاقتصار على مورد النص و بعض النصوص الوارده فى الباب و إن كان مطلقا إلا أنه يجب تقييده بما إذا كان بيننا حرب لا فى مورد الهدنه كما هو صريح روايه هند السراج فقال الباقر عليه السلام فإذا كان الحرب بيننا فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك

و بالجمله يختص هذا القسم بما إذا حصل بالكسب تقوى الكفر على الإسلام و هذا عنوان آخر محرم بنفسه لا من باب الإعانه و إن دخل بعض أقسامه فى باب الإعانه على الإثم أيضا كما إذا قصد البائع بالبيع غلبه الكافر أو كان فعله الجزء الأخير من عله الإثم و لا يبقى بين البيع و الإثم إلا إراده العاصى و فى غير عنوان الإعانه يجب الاقتصار على مورد النص و هو السلاح بالخصوص دون غيره

خاتمه

اشاره

قد تقدم فی صدر الکتاب أن النهی المتعلق بالمعامله علی أقسام ثلاثه لأن النهی تاره یتعلق بها من جهه عدم کون أحد العوضین مالا و لا حقا و عدم مالیه إما لعدم مالیته عرفا أو لسلب الشارع جهه مالیته

و أخری من جهه نفس المنشإ بالعقد لا من جهه عدم مالیه العوض شرعا أو عرفا کالبیع الربوی و بیع المصحف و العبد المسلم من الکافر و ثالثه من جهه الإنشاء إما لمزاحمته لواجب أهم أو مضیق کالبیع وقت النداء و إما لدخوله تحت أحد

العناوين المحرمه كالإعانه على الإثم و تقوى الكفر

ففى القسم الأول لا إشكال فى أن النهى يقتضى الفساد لأن قوام المعاوضه بثبوت العوضين فالبيع بلا ثمن و الشراء بلا مثمن لا معنى له و سيجى ء تحقيقه إن شاء اللّه فى محله و الأقوى فى الثانى أيضا هو الفساد لما بينا فى الأصول أنه إذا خرج المنشأ بالعقود عن تحت سلطنه المالك فلا يعقل أن يصح التبديل و التبدل لأن الأمور الاعتباريه تسقط عن الاعتبار بمجرد إلغاء من بيده اعتبارها فبنفس النهى يخرج التبديل و التبدل عن سلطنه المالك و لا يقدر على إيجادهما من توجه النهى إليه فالقول بأن الحرمه لا تلازم الفساد شطط من الكلام و الأقوى فى الثالث هو الصحه

أما البيع وقت النداء فواضح لأن كون التلفظ بهذه الألفاظ حراما لا يلازم عدم وقوع المنشأ بها و أما البيع الذى يكون إعانه على الإثم أو تقويه للكفر فلأن المحرم هو إيجاد الألفاظ بقصد توصل الغير بها إلى المحرم فيتعلق النهى بأمر خارج عن المعامله و لذا لا يبطل البيع لو لم يقصد به التوصل

نعم لو كان الشراء بهذا القصد فاسدا لفسد البيع أيضا لأن العقد لا يتبعض إلا أنه لا دليل على فساد الشراء لما عرفت أن مقدمه الحرام ليست محرمه و لا تدخل تحت الإعانه على الإثم لانحصار موردها بإعانه الغير ثم إن حكم القسم الأول واضح لو علم موضوعه و أما لو شك فلو شك فى أنه مال عرفا فالأقوى صحه المعامله عليه إذا علم بتعلق غرض عقلائى به و إثبات حق لمن فى يده و حازه للعمومات مثل قوله عز اسمه تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ع و كل شى ء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و عدم اندراج هذه المعامله تحت أحد العناوين الخاصه من البيع و الصلح و الإجاره و نحوها بناء على أن يكون البيع هو تبديل مال بمال لا يضر بالصحه لعدم الدليل على اختصاص المعامله بأحد هذه العناوين

و بالجمله و إن لم نقل بصحه التمسك بمثل قوله عز من قائل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ لأخذ مبادله المال بالمال فى مفهومه و اختصاص المال بما يعتد مالا عرفا و مع الشك فى المصداق لا يمكن التمسك بالعموم و لا التمسك ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لأنه ناظر إلى لزوم ما كان عقدا و ليس فى مقام بيان أن العقد ما هو إلا أنه لا مانع من التمسك بعموم تجاره عن تراض و نحوه و لم يقم دليل على اختصاصه بالمال حتى يكون فى مورد الشك التمسك به تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه فتأمل

و أما لو شك فى أنه حرام شرعا حتى يحرم بيعه بناء على أن الشارع أسقط ماليه ما كان محرما فمقتضى أصاله الحل أنه داخل فيما يجوز بيعه لأن بهذا الأصل ينقح موضوع العمومات نعم كون الموضوع الثابت بهذا الأصل موضوعا واقعيا كلام آخر و الحق عدمه

و كيف كان فما لم ينكشف الخلاف لا إشكال فى صحه المعامله عليه ثم إنه لو كان منشأ الشك فى الماليه الشك فى التذكيه لتوقف المنفعه المحلله على طهاره الجلد مثلا فلو دل دليل على قابليه الحيوان للتذكيه كالسباع مثلا بل المسوخ مثل الفيل فلا إشكال فى جواز بيعه و بيع أجزائه كالعظم و الجلد بعد تذكيته

نعم لا يقبل الحشرات التذكيه فإذا كانت لها نفس سائله و توقف استيفاء منافعها على طهاره أجزائها بعد موتها فلا يجوز بيعها و

كيف كـان فتحصـل ممـا ذكرنا أن جواز البيع منوط بأن يكون الشـى ء مالا عرفا و شـرعا و أن تكون نفس المعامله جائزه شـرعا سواء أحرز ذاك بالدليل أو الأصل

و على أى حال أصاله الفساد التى هى الأصل الأولى

المعول عليها فى المعاملات محكومه بالدليل و أصاله الحل و الإباحه أما بالدليل فواضح و أما بالأصل فلأن به ينقح موضوع العمومات التى بها يرتفع الشك عن الصحه و الفساد هذا كله فى تبديل الأموال بالأموال

و أما تبديل المنافع بها فحرمه الاكتساب به تاره راجعه إلى إجاره الأعيان و ما يلحق بالإجاره لمنافع محرمه كإجاره الدابه و السفينه لحمل الخمر عليها و إجاره الدكان لبيع الخمر أو حرزه فيه و أخرى راجعه إلى إجاره الأبدان و هذا على قسمين فتاره يقع الإجاره و الجعاله و نحوهما بإزاء عمل محرم فى نفسه و أخرى بإزاء عمل واجب

و على أى حال حرمه الاكتساب فى باب الإجاره و ما يلحق بهما تقتضى الفساد لخروج العمل أو منفعه الدار عن تحت سلطنه المالك إما لحرمته أو لوجوبه عليه كما سيجى ء توضيحه

ثم لما كان المقصود من التحرير بيان الضابط الكلى فلا تتعرض الصغريات الأبواب و أن القمار مثلا داخل فى باب الإجاره و أنها معامله مستقله التى تسمى عند العرف بالمراهنه التى خرج السبق و الرمايه عن تحتها شرعا و لا نتعرض للأعمال المحرمه و إن جرت عاده العلماء بذكر ما من شأنه الاكتساب به عرفا و هو كل عمل يبذل بإزائه المال كالتصوير و نحوه بل بذكر ما ليس من شأنه أن يبذل بإزائه مال كالغيبه و الكذب و نحوه فالمهم بيان منشأ بطلان الإجاره على المحرمات و الواجبات و توضيح ذلك فى ضمن مقدمه و فصول

أما المقدمه

فهى أنه قد اعتبر فى الإجاره و ما يلحق بها من الجعاله و إباحه المنفعه بالعوض بناء على كونها من المعاملات المتعارفه أمران

الأول أن يكون العمل الذى يأخذ الأجير أو العامل بإزائه الأجره و الجعل ملكا له بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب و تحريم شرعى عليه لأنه إذا كان واجبا عليه فلا يقدر على تركه و إذا كان محرما عليه فلا يقدر على فعله و يعتبر فى صحه المعامله على العمل كون فعله و تركه تحت سلطنته و اختياره أن يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر فلو لم يكن كذلك كما إذا تعلق تكليف عليه مباشره فلا يصح الإجاره عليه و إن انتفع به فإن مجرد انتفاع المستأجر لا يصحح الإجاره فإن الانتفاع أمر آخر يعتبر فى كل معامله و حاصله أن لا تكون المعامله سفهيه ثم إنه قد ينتفى كلا الشرطين كصوم شهر رمضان أو الحج فى سنه الاستطاعه ممن يجب عليه بالمباشره فإن الأجير ليس مالكا لعمله و المستأجر أيضا لا يملك عمل غيره إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى تعيين الصغرى فى ضمن مباحث

المبحث الأول المحرمات بأجمعها لا يمكن الإجاره عليها

لانتفاء الشرط الأول من غير فرق بين ما جرت العاده بجعل الأجره و الجعل عليه كالتصوير و نحوه أو لم تجر كالكذب و نحوه فلا يجوز لشاهد الزور أخذ الأجره على شهادته لخروج عمله عن تحت سلطنته بنهى الشارع فلا يقدر على فعله فأخذه الأجره أكل المال بالباطل و مصداق لوهب الأمير ما لا يملك

الثانى الواجبات النظاميه كلها يجوز أخذ الأجره عليها

ما عدا القضاء سواء كانت كفائيه أو عينيه تعيينيه كانت أو تخييريه و نحن استوفينا البحث عنها فى كتاب القضاء و الغرض فى المقام محض الإشاره إليه و وجه ذلك حصول كلا الشرطين فإن الأجير مالك لعمله و المستأجر يمكن الحصول له أما الثانى فواضح و أما الأول فلأن الواجب على الأجير هو بذل عمله أى تعلق التكليف أو الوضع بالمعنى المصدرى لا بنتيجه عمله التى هى المعنى الاسم المصدرى فإن الطبيب و إن وجب عليه الطبابه عينا إلا أنه مالك لعمله

و الأجره تقع بإزاء العمل الذى هو مناط ماليه المال إلا بإزاء قوله من حيث الإصدار و هما و إن لم يكونا أمرين خارجيين متمايزين إلا أنهما شيئان اعتبارا فللشارع التفكيك بين وجوب المصدر و ملكيه اسم المصدر و ليس الطبيب و الصباغ و الخياط كالقاضى فإن فى باب القضاء تعلق التكليف بنتيجه عمله و هو فصله الخصومه و هذا إذا خرج عن ملكه فلا يجوز له الأجره عليه و أما الصباغ و نحوه فما وجب عليه هو بذل عمله لا أثره

و هذا الوجه و إن كان فى النتيجه مشتركا مع ما يوجه به صحه الأجره بأن الواجب النظامى لم يتعلق الوجوب به مجانا و لكنه لا يرجع إليه لأنه لم يقم دليل على أنه لم يجب مجانا و لا دليل فى الواجبات الغير النظاميه على أنها وجبت مجانا إلا فى بعضها كالقضاء و نحوه بناء على عدم كونه نظاميا و إلا استثنى منه بل الوجه الذى يوجه به صحه الأجره عليه هو الموجب لاستفاده عدم المجانيه

و كيف كان لو وجب بذل العمل و حرمه احتكاره فلا مانع من أخذ الأجره عليه و إن جاز أن يعمله تبرعا بلا إشكال و لو وجب عليه نتيجه العمل فلا يجوز أخذ الأجره لأن المعنى المصدرى آلى و لا يقابل بالمال و اسم المصدرى خارج عن ملكه و نظير الأعمال فى كلا الشقين الأموال أيضا فإنه قد يتعلق تكليف أو وضع بنفس الملك كباب الخمس و الزكاه فلا يجوز أخذ العوض من مصرفه أو مستحقه و قد يتعلق تكليف بالتمليك و الإعطاء و البذل كوجوب بيع الطعام فى المخمصه فإن التكليف المتعلق بصاحب الطعام هو حرمه حبسه و احتكاره الطعام و لم يتعلق بنفس المال

ثم إن جواز أخذ الأجره عليه ليس لكونه توصليا مقابلا للعبادى لما سيجى ء أن التوصليات أيضا لا يجوز أخذ الأجره عليها بل لكونه توصليا بمعنى آخر و هو أن جهه وجوبه معلومه

و بعباره و أخرى ملاك وجوبه و منشأ تعلق الأمر به حفظ النظام و ما يتوقف عليه تعيش بنى آدم و نظام العالم هو بذل عمله لا كون نتيجه عمله خارجا عن ملكه نعم لو توقف النظام فى مورد على هذا كما لو توقف حفظ نفس محترمه لا ذمه لها كالطفل و المجنون الذى لا مال له و لا ولى على بذل النتيجه فلا يبقى محل لأخذ الأجره عليه

الثالث فى حكم الواجبات الغير النظاميه

أي ما يجب على المكلف لغير ملاك توقف نظام العباد و البلاد عليه و هذا على قسمين قسم يعتبر قصد الأمر فيه و قسم توصلى و كل منهما إما عينى أو كفائى و بتقسيم آخر إما تعيينى أو تخييرى ثم إن الواجب تاره واجب على المستأجر دون الأجير و تاره بالعكس و أخرى يجب على كليهما فإذا كان واجبا على المستأجر دون الأجير فلو لم يعتبر فى عمل المستأجر المباشره يصح الإجاره مطلقا تعبديا كان أو توصليا كان واجبا عليه عينا أو كفايه كما إذا وجب القضاء عن الميّت على وليه فيستأجر غيره و كما إذا وجب الجهاد على شخص عينيا أو كفائيا دون غيره فيستأجر من لا يجب عليه ليجاهد عنه و لا إشكال فى هذا القسم لأن الأجير مالك لعمله و المستأجر يملك عمل الأجير

نعم فى التعبديات يتوهم تنافى أخذ الأجره مع قصد القربه و سيجى ء دفعه و إذا وجب على الأجير دون المستأجر فلا يصح

الإجاره عليه سواء كان عينيا أو كفائيا أما إذا كان عينيا كالصلاه اليوميه فلانتفاء كلا الشرطين المعتبرين فى صحه الإجاره فإن الأجير لا يملك عمله و المستأجر لا يملك أيضا عمل الأجير و أما إذا كان كفائيا فلانتفاء الشرط الثانى بل كل ما لا يملكه المستأجر لا يصح الإجازه عليه و إن لم يكن واجبا على الأجير بل كان مستحبا أو مباحا فلا يصح إجارته لقراءه القرآن لنفسه أو لإعاده صلاته ليقتدى به المستأجر و أما إذا وجب على كليهما فتاره يجب على

كل منهما عينيا و أخرى كفائيا أو تخييريا

فإذا وجب عينيا كصوم شهر رمضان فلا يصح الإجاره سواء استأجره لأن يصوم عن المستأجر أو عن نفسه لانتفاء كلا الشرطين لوجوبه على الأجير و عدم حصول الملك للمستأجر و لو آجره لأن يصوم نيابه عنه لأن اعتبار المباشره على نفس المستأجر موجب لعدم حصول الملك له

و أما لو وجب على كل منهما كفائيا أو تخييريا فإذا لم يعتبر المباشره فى عمل المستأجر كالجهاد أو استأجره لأن يكون نائبا عنه فيصح لوجود كلا الشرطين فإن النائب حيث إنه يجب عليه كفائيا مالك لعمله و المستأجر أيضا يملك عمل الأجير و أما لو اعتبر المباشره كالصلاه على الميّت أو استأجره لأن يجاهد الأجير لنفسه فلا يصح لانتفاء الشرط الثانى

و مجرد انتفاع المستأجر و هو سقوط الوجوب الكفائى عنه لا يصحح الإجاره بعد اعتبار إمكان حصول ملك المنفعه للمستأجر و عليك باستخراج حكم سائر الأقسام كما إذا كان على كل منهما تخييريا أو كان على أحدهما تخييريا و كان على الآخر عينيا تعيينيا مثل ما إذا وجب على الأجير إما الصوم أو إطعام ستين مسكينا و وجب على المستأجر قضاء صوم أبيه عينا تعيينا فإذا لم يعتبر المباشره فى عمل المستأجر يصح أن يستنيب غيره للصوم و لو كان واجبا عليه تخييرا بينه و بين الإطعام نعم لو تعذر عليه الإطعام و ضاق الوقت للصوم لا يجوز أن يصير نائبا فتدبر جيدا

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى دفع ما يقال من أن أخذ الأجره فى الواجبات التى يعتبر قصد القربه فيها ينافى التقرب و لهم فى التفصى عن هذا الإشكال وجوه

منها ما نسب إلى صاحب الجواهر قدس سره و هو أن تضاعف الوجوب بسبب الإجاره يؤكد الإخلاص و لا ينافيه و فيه أنه لو كان المقصود أن داعى الأجير على العمل يصير آكد لانضمام الأجره إلى أمر اللّه سبحانه فهذا عين الالتزام بالإشكال لاعتبار الخلوص فى داعى العامل و لو كان المقصود أن وجوب العمل على الأجير يوجب تأكد اشتراط الخلوص فى العباده فكان الشى ء يصير واجبا من قبل اللّه سبحانه بوجوبين الأول وجوب الوفاء بالإجاره بإتيان العمل و الثانى فى إتيانه لأمر اللّه سبحانه

ففيه أن الأمر الإجارى لا يعتبر فيه القرينه فكيف يؤكد الإخلاص و لا يتحد مع الأمر العبادى حتى يكتسب العباديه منه كالأمر النذرى فإنه يتعلق بعين ما تعلق به الأمر العبادى و لذا يكتسب كل من الأمر النذرى و العبادى من الآخر ما هو فاقد له فإذا نذر صلاه الليل تصير بالنذر واجبه و يصير النذر قربيا و هذا بخلاف الأمر الإجارى فإنه يتعلق بالصلاه مع قصد القربه و الأمر العبادى يتعلق بذات العمل

و لذا لو تبرع متبرع عمن وجب عليه عباده يجب عليه أن يقصد ما وجب على المنوب عنه مع أن أمره التبرعى استحبابى و كذا لو استوجر أحد لصلاه الليل لو فرض صحه الإجاره يجب أن يقصد الأمر الاستحبابى المتوجه إلى المنوب عنه لا الأمر الإجارى الذى يجب عليه وفاؤه نعم قد يجتمعان فى الوجوب و الاستحباب و لكنهما على أى حال لا يتحدان

و منها أن أخـذ الأجره من قبيل الـداعى على الـداعى إذ ليس فى عرض داعى الامتثال بل فى طوله فالداعى على الامتثال هو أمر اللّه و المحرك بالإتيان الفعل بداعى أمر اللّه هو الأجره

و فيه أنه لو كان هذا إشكالا لكان أولى و أحق من أن يكون جوابا فإنه لو لا الأجره لما حصل للعامل الداعى إلى إتيان الفعل لله سبحـانه فصار محركه إلى العمل بالأخره هو الأجره و لا يقاس الأجره بالغايات المترتبه على العبادات بجعل إلهى فإنه مع الفارق لأن سلسله العلل إذا انتهى إلى اللّه سبحانه فلا يخرج المعلول عن كونه عباديا و هذا بخلاف ما إذا انتهت إلى غيره فإنه ليس

من وظيفته جعل غايه للفعل بقصد الأمر

و بالجمله فرق بين أن يؤتى الصلاه لأمر اللّه سبحانه حتى يوسع رزقه و أن يؤتى لأمر اللّه حتى يأخذ الأجره و الأول عباده و إن لم تكن عباده الأحرار و الثانى ليس عباده و مجرد توسيط أمر اللّه سبحانه فى العمل لا يصحح العباده لأن حقيقه العباده ليست صرف إخطار كون العمل لله أو التلفظ بهذا العنوان بل أن يكون محرك العامل هو أمر اللّه سبحانه و لو لغايتها المترتبه عليها منه سبحانه و أما إذا كان محركه الأجره فهذا عين كونه غير قربى فإن من لا يكنس دار زيد أصلا و لا يعتنى بأمره لو أمره عمرو بكنس دار زيد فكنسه داره لا يمكن أن يكون لأمر زيد و لو أمره عمرو بامتثال أمر زيد

و بالجمله لو وقع فى سلسله داعى العمل داع غير إلهى يخرج العمل عن كونه قربيا و القول بأنه لا يعتبر فى العباده أن يكون الداعى على الداعى قربيا مساوق للقول بعدم اعتبار قصد التقرب فى العباده

و منها أن فعل النائب فعل تسبيبى للمستأجر و قصد المستأجر التقريب فى استيجاره كاف فى العباده و فيه أنه لا إشكال فى صحه التبرع عن الغير مع أن المتبرع عنه غافل عن فعل المتبرع فكيف يكون فعل النائب فعل المندوب عنه و كيف يقصد المتبرع القربه الكافيه من المنوب عنه و مجرد كون داعى العامل أمر المستأجر لا يجعل فعله مسببا توليديا فإن المسبب التوليدى هو الذى لا يكون بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه واسطه اختياريه

نعم قد يطلق المسبب التوليدى على فعل البناء لأمر غيره به كقولهم فتح الأمير البلد و لكن هذا الإطلاق بالعنايه و خارج عن باب المسبب التوليدى و لا يمكن أن يتعلق تكليف بالجامع بين فعله و فعل غيره بل ليس الجامع فيما لا يعتبر فيه المباشره إلا الأعم من الفعل بنفسه أو الاستنابه و القربه فى الاستنابه غير تقرب النائب و فى باب العبادات تعتبر فى نفس عمل العامل و لا يقاس المقام بوقف المسجد فى عدم اعتبار قصد التقرب من البناء لأنه لم يقم دليل على اعتبار القربه إلا من الواقف و الواقف حيث إنه يملك هذه الهيئه الحاصله من عمل البناء كما أنه يملك الجص و الأجر فيوقف هذه الهيئه مع موادها قربه إلى اللّه و لو فرض اعتبار القربه فى عمل البناء لما كانت القربه الحاصله للآمر فى أمره بالبناء كافيه لعمل البناء

فالصواب فى الجواب هو ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره و حاصله أن متعلق عقد الإجاره غير متعلق الأمر العبادى فإن الأمر العبادى متوجه إلى المنوب عنه و الأمر الإجارى إلى النائب و لا يتحد متعلقهما و إن اجتمع العنوانان فى الخارج فى مصداق واحد و لا يقع الأجره فى سلسله داعى المنوب عنه أصلا و إنما يقع الأجره بإزاء قصد النائب النيابه فى عمله بحيث لو قصد النائب إتيان العمل للأجره أو قصد إتيان العمل بداعى أمره سبحانه بإزاء الأجره يقع عمله باطلا و لا يقع للمنوب عنه بل لم يأت بما تعلق الإجاره به لأن الإجاره الحاصله بينهما وقعت بأن يأتى العامل العمل للمنوب عنه و هذا من غير فرق بين التوصلى و التعبدى مثلا لو استأجره للجهاد و قلنا بعدم اعتبار قصد التقرب من المجاهد فلو جاهد الأجير لا عن المستأجر بل بلا عنوان لا يقع منه فلم يمتثل الأمر الإجارى بل يقع عمله إما لغوا أو عن نفسه

و يظهر توضيح ذلك بملاحظه حال المتبرع فإنه إذا قصد الأمر المتوجه إلى المتبرع عنه يقع عن المنوب عنه و لا إشكال فى أن

التبرع منه مستحب مع أن الأمر المتوجه إلى المنوب عنه قد يكون واجبا و لا يقع داعى المتبرع فى سلسله داعى المنوب عنه و لا ربط لأحدهما بالآخر فإن داعى المتبرع عنه هو أمر اللّه سبحانه المتوجه إليه إما ببدنه أو ببدنه التنزيلى و داعى المتبرع هو

تنزيل نفسه منزله غيره و نيابته عنه

و التعبير بالتنزيل إنما هو لتقريب المطلب و توضيحه و إلا فما هو المعتبر فى تفريغ ذمه الغير ليس إلا نيابته عنه فإذا صح نيابته عنه تبرعا و لم يتعلق الأمر التبرعى بما تعلق به الأمر العبادى فيصح أخذ الأجره بإزاء قصد النيابه فى العمل لأن الأجره لم تقع بإزاء العمل القربى لأن التقرب يحصل للمنوب عنه و لا يعتبر فى النيابه أصلا فداعيه إلى النيابه إذا كان الأجره و أتى بالعمل القربى للمنوب عنه فيحصل من عمله أمران أحدهما تفريغ ذمه المنوب عنه و ثانيهما نيابته عنه

و العمل الخارجى و إن كان مجمع العنوانين إلا أن أحدهما فى طول الآخر و لا شبهه أن نيابته عنه متقدم فى الرتبه على حصول فراغ الذمه و التقرب للمنوب عنه فيترتب على فعله أثران أحدهما فى طول الآخر و لا إشكال فى ذلك أصلا

و بالجمله ما هو مناط العباديه لم تقع الأجره بإزائه بل وقع الأجره بإزاء مالكيه المنوب عن العمل من الأجير و إيقاع العمل عنه الذى هو قوام النيابه من قبيل عناوين الأفعال التى تتحقق بقصدها فى العمل كعنوان التعظيم و عنوان الظهريه و العصريه

و لا شبهه أن عنوان العمل لا يدخل فى سلسله الداعى فإن الداعى هو معلول الفعل الذى يوجد العامل العمل لأجل ترتبه عليه فإن كانت الأجره واقعه بإزاء العمل و كان العمل لأجلها فهذا ينافى القربه و لا يمكن أن يكون توسيط قصد الامتثال بالخطرات القلبيه مصححا له

و ما يحكى عن بعض الأعاظم من أنه كان يعطى الأجره إلى الأكراد ليصلوا ليس من باب أنه قدس سره يحدث لهم الداعى على إتيان العمل لله بل غرضه قدس سره جعلهم متعودين بالعبادات حتى يحدث لهم بعد ذلك الداعى القربى و هكذا وجوب الأمر بالصلاه من باب الأمر بالمعروف ليس من قبيل الداعى على الداعى بل المدار هو عدم انمحاء شعائر اللّه سبحانه صوره و إلا كيف يقصد القربه من لا يخاف من اللّه سبحانه و يخاف من الآمر بالمعروف

و حاصل الكلام أن ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره من أجود الأجوبه فى هذا الباب لأنه بعد ما فرضنا عدم اعتبار المباشره فى فعل المنوب عنه و أن فعل النائب إذا قصد النيابه عنه يقع عنه كما لا إشكال فى أنه يجوز للغير التبرع فى إتيان الفعل بالنيابه عنه و لا يعتبر فى الأمر التبرعى قصد القربه و لا يتحد الأمر التبرعى مع الأمر العبادى فكذا لا ينبغى الإشكال فى أنه يجوز أن يأخذ الأجره بأن يجعل إتيان العمل للغير واجبا على نفسه و هو إنما يخرج عن عهده هذا التكليف إذا أتى ما وجب على الغير و ما وجب عليه هو الذات مع قصد التقرب و هذا متعلق الإجاره إلى ما ملكه المستأجر على الأجير فالأمر العبادى متعلق بذات العمل و الأمر الإجارى متعلق بإتيان العمل القربى نيابه عنه و التقريب معتبر فى داعى المنوب عنه

و أما اعتبار التقرب فى داعى الأجير على جعل عمل نفسه مملوكا للغير قربه إلى اللّه فلم يقم عليه دليل

و بالجمله الأجره تقع بإزاء هذا العنوان و هو إتيانه عمل الغير نيابه عنه و هذا من غير فرق بين أن يكون عمل الغير تعبديا أو توصليا فإن وقوعه لم يتوقف على هذا العنوان و إلا لا يقع عنه و إن سقط عنه التكليف أحيانا كما لو غسل ثوبه بلا قصد عنه و

على هذا فمتعلق الأمرين فى كل واحد مباين مع الآخر و لا يبتنى على مسأله الاجتماع و لا على أن الأجره بإزاء نفس قصد النيابه بدون إيجاد العمل لما عرفت أن الفعل مجمع العنوانين و أحدهما فى طول الآخر لا فى عرضه و لا على الداعى على الداعى فإنها لا تنفع

و العجب من السيد قدس سره فى حاشيته على المكاسب من قوله أولا و ثانيا فإنه

لم یدع شیخنا الأنصاری أن الأجره بإزاء نفس قصد النیابه من دون العمل و لا أن الفعل من جهه واحده قربی و یجوز أخذ الأجره علیها لما عرفت أن له جهتین و الحامل علی العمل علی جهه النیابه و إن کان هو الأجره إلا أن الحامل له علی جهه المنوب عنه التی هی عباره عن کونه بدلا تنزیلیا له هو أمر اللّه سبحانه المتوجه إلی المنوب عنه

و ملخص الکلام أنه لو وقع الأجره بإزاء إتیان ذات العمل بإزاء الأجره أو بإزاء إتیان العمل بقصد القربه بإزاء الأجره فهذه ینافی العبادیه مضافا بأنه لا یسقط بهذا النحو من الإجاره ما هو الواجب علی المستأجر لأنه لم یأت بداعی الأمر المتوجه إلی المنوب عنه بل بداعی الأمر الإجاری

و أما لو وقع الأجره بإزاء إتیان العمل بأمره المتوجه إلی المنوب عنه بالأمر الأعم من المباشره و الاستنابه فهذا لا ینافی القربه المعتبره فی العباده لأنه لم یعتبر فی الأمر الإجاری القربه و لا وقع الأجره فی طول داعی نفس العمل و ببیان أوضح لا إشکال فی أن معنی عدم اعتبار المباشره فی فعل المنوب عنه مع أنه قد تعلق التکلیف به هو أن الواجب علیه تحقق اسم المصدر عنه أی نتیجه الفعل واجبه علیه دون جهه الإصدار فلا یعتبر فی جهه الإصدار المباشره و لا شبهه أن هاتین الجهتین ممتازتان فإذا کانت القربه معتبره فی جهه اسم المصدری و وقعت الأجره بإزاء الجهه المصدری فیجتمع الفعل القربی الذی به یتحقق ما وجب علی المنوب عنه مع أخذ الأجره بإزاء إصدار هذا الفعل القربی

و بعباره أخری الفعل إذا اعتبر فیه المباشره فمعناه أنه یجب أن یصدر هذه النتیجه من نفس الفاعل الذی تعلق به التکلیف و أما إذا لم یعتبر فیه المباشره فمعناه أن الجامع بین إیجاد غیره نائبا تبرعیا و إجاریا و إیجاد نفسه متعلق للتکلیف فإذا کان الجامع متعلقا للتکلیف و لم یجب علی الغیر الجهه الإصداری فله أن یوجر نفسه بإزاء أجره لتحصیل ما هو واجب علی الغیر فلا بد أن یقصد فی إیجاده نتیجه الفعل بفعله وقوعه عن الغیر لیستحق الأجره و لیسقط عنه فیترتب علی فعله أمران متغایران أحدهما وقوع متعلق الإجاره عنه و هذا لا یعتبر فیه القربه لأن إیجاده العمل من حیث فعل نفسه لا یعتبر فیه القربه و ثانیهما وقوع العمل عن الغیر لکونه فردا من أفراد الجامع و به یحصل فراغ ذمته و به یحصل التقرب له و هذا معتبر فیه القربه و لکنه للمنوب عنه لا للنائب

ثم إنه ینبغی التنبیه علی أمور

الأول مقتضی ما ذکرنا من اعتبار الشرطین فی الإجاره عدم صحه إجاره من اشتغلت ذمته بعمل فی وقت خاص

لهذا العمل و لغیره فمن وجب علیه حجه الإسلام أو المنذوره المضیقه أو الحجه المستأجره بالمباشره لا یصح أن یصیر أجیرا لغیره فی هذه السنه لا من باب أن الأمر بالشیء یقتضی النهی عن الضد کما فی العروه بل لأن العمل خارج عن ملکه إما بالوجوب الشرعی أو النذری أو لکونه أجیرا لغیره

و بالجمله من لم یملک عمله لا یمکنه أن یملکه غیره و علی هذا فلو کان العکام أجیرا لأحد حتی فی المشی معه لا یمکنه أن

يصير نائبا عن غيره لخروج أفعاله عن ملكه نعم لو كان أجيرا له فى العمل فى المنزل أو بالأعم من المباشره فيصح أن يوجر نفسه للحج و هكذا فى مسأله الطواف فمن كان واجبا عليه إطافه غيره لا يمكنه أن يحتسبه لنفسه لأن حركاته ملك للغير نعم لو كان أجيرا لحمله حال طواف نفسه فلا مانع

الثانى وردت روايات تدل على حرمه بيع المصحف و جواز شراء جلده و حديده و كاغذه

و على هذا فيشكل ما هو معمول فى الخارج لأن نفس الجلد و الكاغذ و نحوهما لو كانت متعلقه للبيع دون النقوش و الكتابه فيقتضى بقاء الكتابه على ملك البائع

و لكن

یمکن التفصی عنه بأن یقال إن الکتابه فی الأوراق نظیر کتابه عبد الکاتب فکما أن کونه کاتبا یوجب زیاده قیمه العبد مع أن الثمن لا- یقع بإزاء الکتابه فکذلک بعد ما نهی الشارع عن بیع نفس المنقوش ففی مقام المعامله یوقع العقد علی نفس الکاغذ الذی فیه الکلمات المبارکه فتدخل الکلمات فی ملک المشتری تبعا غایه الأمر أنه لو لا النهی لکانت النقوش جزءا للمبیع بل کانت هی المقصوده الأصلیه من المعامله و کانت غیرها تابعه و لکنه بملاحظه النهی ینعکس الأمر

و رعایه التبعیه أمر ممکن قصدها من المتعارضین بل من التوابع ما یکون تابعا و إن لم تقصد تبعیته نظیر دخول مفتاح الدار فی المبیعه

الثالث قد وردت عده روایات علی جواز أخذ جوائز سلطان الجور و عماله

اشاره

بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا أو عوضا و بعضها صریح فی صحه الأخذ منهما و لو لم یکن لهما مال آخر حلال کصحیحه أبی ولاد قلت لأبی عبد اللّه ع ما تری فی رجل یلی أعمال السلطان لیس له مکسب إلا من أعمالهم و أنا أمر به و أنزل علیه فیضیفنی و یحسن إلی و ربما أمر لی بالدراهم و الکسوه قد ضاق صدری من ذلک فقال لی کل و خذ منها فلک المهنأ و علیه الوزر و

بعضها ظاهر فی ذلک کصحیحه أبی المغراء قال سأل رجل أبا عبد اللّه ع و أنا عنده فقال أصلحک اللّه أمر بالعامل فیجبرنی بالدراهم أخذها قال نعم و حج بها

و مثلها روایه محمد بن هشام و روایه محمد بن مسلم و زراره ثم لا یخفی أن بمضمون هذه الأخبار أفتی الأصحاب و یستفاد من النص و الفتوی أنه لا- یعمل قواعد العلم الإجمالی فی المأخوذ من السلطان و عماله فإن حمل المأخوذ علی خصوص ما أخذاه من الخراج و المقاسمه الذین وردت فی الأخبار الکثیره إباحتهما للشیعه بعید جدا و حمله علی ما إذا لم یکن بعض الأطراف مبتلی به أبعد

نعم لا بد من تقیید هذه الأخبار بما إذا لم یکن المأخوذ معلوم الحرمه تفصیلا کما أن الأصحاب أیضا أخرجوا هذه الصوره و یدل علیه موثقه إسحاق بن عمار قال سألته عن الرجل یشتری من العامل و هو یظلم فقال یشتری منه ما لم یعلم أنه ظلم فیه و یدل علیه أیضا روایه علی بن أبی حمزه فی قضیه صدیق له من کتاب بنی أمیه حیث قال له الصادق علیه السلام فمن عرفت منهم رددت علیه ماله فإنه یدل علی أن جوائز بنی أمیه لا یجوز التصرف فیها فتأمل

و علی هذا فإذا علم بکون هذا المأخوذ من غیر الخراج و المقاسمه تفصیلا فیحرم التصرف فیه و أما لو لم یعلم ذلک فنتیجه هذه الأخبار تقیید المحرم بالمعلوم التفصیلی و لا مانع عنه لأن المعلوم بالإجمال إنما یکون کالمعلوم بالتفصیل فی التنجز إذا لم یقید الواقع بقید یختص بمورد المعلوم التفصیلی

ثم إنه هل يلحق بجوائز السلطان و عماله جوائز مطلق من لا- يتورع عن المحارم كالسارق و آكل الربا و نحوهما أم لا وجهان مقتضى إطلاق جمله من الروايات عدم الفرق بينهما

فعن أبى بصير قال سألت أحدهما ع عن شراء الخيانه و السرقه قال لا إلا أن يكون قد اختلط معه غيره و فى صحيحه الحلبى لو أن رجلا ورث من أبيه مالا و قد عرف أن فى ذلك المال ربا و لكن اختلط فى التجاره بغيره حلالا كان حلالا طيبا فليأكله و إن عرف منه شيئا معزولا أنه ربا فليأخذ رأس ماله و ليرد الربا

و فى صحيحته الأخرى و إن كان مختلطا فكله هنيئا فإن المال مالك و فى ذيل مكاتبه الحميرى إلى الحجه أرواحنا له الفداء إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده فاقبل بره

و بهذا المضامين وردت أخبار كثيره و لا شبهه أن ظاهر هذه الأخبار أن العلم الإجمالى غير مؤثر فى التنجيز و إنما هو المؤثر خصوص العلم التفصيلى و لا إشكال أيضا أن منشأ

الحليه هو نفس الاشتباه لا ـ لكونها مستندا إلى اليد و حمل تصرف ذى اليد على الصحيح و لا من جهه خروج بعض أطراف المعلوم بالإجمال عن محل الابتلاء من باب أن المتصرف لا يأذن فى تصرف جميع أمواله فلا يكون جميع أمواله محلا للابتلاء بناء على كون المنع موجبا لخروجه عن محل الابتلاء و ذلك لأن الأخبار الوارده فى الإرث ممن يأكل الربا ظاهره فى أن مجموع الأطراف محل الابتلاء و أن منشأ الجواز ليس تصرف ذى اليد بل الإرث من ذى اليد فلا معنى لحمله على الصحيح

و بالجمله ظاهر هذه الأخبار أيضا كالأخبار الوارده فى جواز أخذ عطاء السلطان و عماله و الشراء منهما و لكن الذى ينبغى للفقيه التأمل فيه هو أن هذه الأخبار مضافا إلى معارضتهما بعده أخبار أخر غير معمول بها فلا توجب تخصيصا لقواعد العلم الإجمالى بخلاف الأخبار الوارده فى جوائز السلطان و عماله فإنها معمول بها

و كيف كان بناء على التعميم فالمسأله من واد واحد

و الصور المتصوره فى هذه الأموال المأخوذه ممن لا يبالى بالحرام أربع

اشاره

ذكرها شيخنا الأنصارى قدس سره فى مكاسبه بما لا مزيد عليه و نحن نذكرها إجمالا

الأولى ما إذا لم يعلم أن فى جمله أموال هذا الظالم مال محرم يصلح لكون المأخوذ من ذلك المال و هذا لا إشكال فى جواز أخذه و سائر أنحاء التصرفات فيه من المعامله و نحوها لأن مجرد كون الشخص ظالما لا يوجب حرمه المعامله معه و أخذ جوائزه

الثانيه ما إذا علم أن فى أمواله محرما و هذه على قسمين لأنه قد يكون جميع أمواله محللا لابتلاء الأخذ كما إذا أذن له فى التصرف فى جميع أمواله و قد لا يكون كذلك و على أى حال يجوز التصرف فيما أخذ منه و لا يراعى قاعده المعلوم الإجمالى إما مطلقا أو فيما إذا كان المأخوذ منه سلطانا أو عاملا

الثالثه هذه الصوره مع علم الآخذ بأن هذا المأخوذ مما لا يجوز التصرف فيه بغير إذن مالكه على كل أحد تفصيلا كما إذا علم بأنه ليس من الخراج و المقاسمه أو علم بأنه مال الغير شخصا أو سرق

الرابعه هذه الصوره مع علمه إجمالا بأن فى المأخوذ مال محرم

أما الصوره الثالثه

اشاره

فلا إشكال فى حرمته إنما البحث فى أحكام الفروع المتصوره فيها فمنها أنه قد يكون الأخذ مع العلم بالحرمه ابتداء أو قد يكون مع الجهل بها ففى الأول تاره يكون مجبورا على الأخذ و أخرى يكون مختارا أما إذا كان مجبورا فإذا أخذه بقصد الرد إلى المالك مع التمكن فلا إشكال فى عدم ضمانه لأنه حيث إنه مضطر إلى أخذه فأخذه من حيث الحدوث كالعدم و من حيث البقاء لا يقتضى الضمان مع قصد الرد إلى المالك بل يمكن يقال لو قصد التملك بعد الأخذ ثم ندم يرجع عدم الضمان نظير ما إذا قصد الودعى التملك فى الوديعه ثم تاب أو فرط فيها بأن أخرجها من الحرز ثم أعادها إليه و لكن المسأله محل خلاف بين الأعلام و الأقوى هو الضمان إلا إذا حصل من المالك إذن جديد لأنه بعد أن استولى على مال الغير بغير إذنه فرافع ضمانه إما الأداء أو ما يلحق به كالإذن الجديد من المالك فى التصرف و مجرد التوبه و الندم ليس رافعا له

و كيف كان لو كان مجبورا فى الأخذ و لكنه أخذه لا بنيه الرد فالأقوى كونه ضامنا لأنه و إن كان مضطرا فى الأخذ إلا أن دفع الاضطرار يتحقق بمجرد الأخذ إلا أن يقال لا دليل على وجوب التفصى عن الإكراه و الاضطرار بالقصد و عدمه نعم لو أخذ بنيه التملك فيكون ضامنا و أما لو لم يقصد التملك و لا الرد إلى المالك فلا موجب لضمانه لأن إطلاق على اليد ممنوع فى مثل هذا الأخذ

و ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره و تبعه السيد

الطّباطبائی فی حاشیته علی المکاسب من أنّ أخذه بغیر هذه النّیه تصرف لم یعلم رضا صاحبه به لا یفید لإثبات الضمان لأن هذا التصرف بلحاظ کونه عن تقیه و کره کالعدم

و أما فی الثانی فحیث إنه قصد بالتملک من جهه جهله بکونه مال الغیر فالأقوی فیه الضمان و إن قصد بعد علمه بأنه مال الغیر و رده إلی مالکه لأن مجرد النیه لا یرفع الضمان بل یتوقف دفع الضمان علی الأداء أو ما بحکمه من إذن المالک فی التصرف

و یظهر من المسالک فی المقام عدم الضمان قال لأنه مع الجهل یده ید أمانه فبعد علمه به لو لم یقصد التملک لا موجب للضمان و یظهر منه التردد فی الضمان أیضا حیث قال لو استودعه الغاصب مالا مغصوبا فلو أخذه منه قهرا ففی الضمان نظر و لکنه لا یخفی ما فی کلامیه أما فی الأول فلأن بمجرد الجهل لا یرتفع الضمان سیما علی القول بأن مجرد وصول مال الغیر بید غیره بلا إذن منه و لا إذن من الشارع موجب للضمان کما هو کذلک علی المشهور بل هو مختاره أیضا فی غیر المقام

نعم لو استشکل فی أصل المبنی و قیل إن عموم علی الید یختص بما إذا کان الأخذ عن قهر و استیلاء علی المالک لا مجرد الوصول و لو مع الجهل فله وجه إلا أن الظاهر أن الفتوی علی خلافه و سیجی ء فی قاعده الید إن شاء اللّه ما یمکن أن یکون مدرکا للمشهور فی استفاده الأعم من القهر و غیره

و علی أی حال فهو قدس سره فی مسأله ترتب الأیدی علی مال الغیر یحکم بضمان کل من وضع یده علیه و لو مع الجهل بأنه مال الغیر و مع تغریر غیره به غایه الأمر فی مسأله الغرور یقول بأن المغرور یرجع إلی من غره إلا أن یقال کل مورد وقع التصرف فی مال الغیر جهلا فنفس وضع الید علی ماله لا یوجب الضمان إلا إذا دخل تحت عنوان آخر کالإتلاف أو قاعده ما یضمن و نحوهما فإنه لو أتلف مال الغیر یکون ضامنا غایه الأمر یستقر الضمان علی الغار

و هکذا لو اشتری من الغاصب العین المغصوبه فإن الجاهل و إن أوقع العقد الموجب للضمان مع الغاصب إلا أن التضمین فی الحقیقه یقع بین المالکین بتنزیل الغاصب مالکا فعلی هذا لو أعاره الغاصب أو أودعه فتلف عنده بتلف سماوی فلا موجب للضمان لأن نفس الأخذ من دون استیلاء و قهر من الآخذ علی المالک لا یوجب الضمان و قاعده ما یضمن غیر جاریه لإقدام الآخذ علی المجانیه فما ذکرنا من فتوی المشهور بالضمان فی مورد الجهل إنما المسلم منها ما إذا دخل المورد فی إحدی موجبات الضمان غیر جهه الید و المسأله محتاجه إلی المراجعه و أما فی الثانی فلأن ید المقهور إذا کانت ید ضمان فلا موجب لرفع الضمان بمجرد قهر الغاصب لأن ارتفاعه لا یتحقق إلا بالأداء أو ما بحکمه فللمغصوب منه الرجوع إلی کل منهما غایه الأمر قرار الضمان علی الغاصب القاهر

و منها أنه یجب علی المجاز رد الجائزه إلی مالکها فورا و هل یتحقق الرد بمجرد التخلیه بینها و بین المالک أو یجب إقباضها فی المنقول وجهان و الأقوی کفایه التخلیه فإن الأداء الواجب فی الأمانات و مطلق مال الغیر بمقتضی الآیه الشریفه و قوله ص علی الید ما أخذت حتی تؤدی لیس إلا عباره عن إدخاله تحت استیلاء صاحبه بل هذا هو الذی یعتبر فیما یجب قبضه و فیما یترتب الأثر علی القبض کانتقال ضمان المبیع من البائع إلی المشتری بل لو قلنا بعدم انتقال الضمان فی الأخیر إلا بوصول المبیع إلی ید

المشترى إلاـ أنه لاـ إشـكال فى أن الإقباض و الرد الـذى يجب شـرعا على الودعى و نحوه هو التخليه لأن الوجوب يتعلق بما هو مقدور من المكلف و ما هو مقدور من الغاصب و نحوه هو رفع

موانع استيلاء صاحب المال على ماله لا وصوله إلى يده و سيجى ء إن شاء اللّه فى حكم القبض مزيد توضيح لذلك

و منها أنه لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان لتوقف أداء الواجب عليه و يدل عليه عده من الأخبار كصحيح معاويه المروى فى الفقيه عن أبى عبد اللّه ع فى رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدرى أين يطلبه و لا يدرى أ حى هو أم ميت و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و ولدا قال ع اطلب قال إن ذلك قد طال فأتصدق به قال ع اطلب و كالأخبار الوارده فى الأمر بطلب الأجير الذى بقى أجره عمله عند المستأجر إذا فقد

ثم إنه يتفرع ذلك على فروع

الأول لو توقف الفحص على أجره

فهل هى على من وجب عليه الفحص أو على مالكه بأن يباع مقدار من المال و يصرف فيها أو يستقرض على المالك أو يراعى الأصلح منهما أو من بيت المال وجوه و الأقوى عدم وجوبه عليه لمنع إطلاق الواجب على حد يجب عليه صرف مال فيه هذا مع أن قاعده لا ضرر حاكم على الوجوب بناء على ثبوته

الثانى هل يجب الفحص سنه أو لا يتقيد بمقدار

فيه وجهان قد يقال بأن حكم مجهول المالك كليه حكم اللقطه و يستفاد هذه المعنى من روايه حفص بن غياث قال سألت أبا عبد اللّه ع عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم هل يرده عليه قال لا يرده فإن أمكنه أن يرد على صاحبه فعل و إلا كان فى يده بمنزله اللقطه بعينها يعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم فإن اختار الأجر فله و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له

و لكن الأقوى عدم الإلحاق أما أولا فلأن غايه الأمر التعدى من اللص إلى كل غاصب لا إلى كل مورد حتى المال المجهول كأجره الأجير المفقود و نحوه و أما ثانيا فلأن التعدى عن مورد اللص إلى غيره أيضا لا موجب له أصلا هذا مع أن فى باب اللقطه و فى مسأله اللص و إن كان ظاهر الأخبار هو التعبد فى وجوب التعريف سنه إلا أن الظاهر أنه ليس حكما تعبديا حتى فى مورد اليأس عن المالك و لذا حمل صاحب الوسائل الخبر الدال على كفايه الفحص ثلاثه أيام على مورد اليأس

و كيف كان يمكن أن يدعى عدم وجوب الفحص رأسا إلا بمقدار تحقق هذا العنوان و هو كونه مجهول المالك و عليه يحمل قوله ع اطلب فى صحيح معاويه و فى باب الأجير و على هذا بنينا فى الأصول فى الشبهات الموضوعيه و قلنا إن عدم وجوب الفحص فيها إجماعا ليس على إطلاقه حتى فيما إذا توقف رفعها على النظر و نحوه ففى المقام إذا توقف معرفه مالك المال على السؤال عن جماعه و التفحص عن عده فيجب لعدم صدق عنوان مجهول المالك على مثل هذا المال و أما لو توقف على أزيد

من ذلک کأجره المنادی فلا دلیل علیه هـذا مضافا إلی ما یـدل علی أن مجرد تحقق هـذا العنوان یوجب التصدق به أو دفعه إلی الإمام بلا تقیید بالفحص عن مالکه و ما دل علی الطلب قد عرفت أنه یمکن أن یکون بیانا لتحقق عنوان مجهول المالک بل لعل الإمام علیه السـلام کان مطلعا علی خصوصـیه فی المورد و هی أن قصـد ذی الیـد کان التصـرف فی مال الغیر فقال ع له اطلب و بالجمله مقتضی الإطلاقات عدم وجوب الفحص زائدا علی تحقق عنوان الموضوع فتدبر

الثالث فی بیان مصرف هذا المال بعد الیأس عن صاحبه

فقیل بأنه یمسـکه حتی یتبین صاحبه و یوصی به عند وفاته و قیل بأنه مال الإمام علیه السلام فهو بمنزله مال من لا وارث له و قیل بـأنه یتصـدق به و قیـل بـالفرق بین الأمانـات المـالکیه من العـاریه و الـودیعه و نحوهمـا و بین غیرهـا من المجهول المالـک ففی الأمانات یجب حفظها و لا یجوز دفعها إلی

الحاكم أو الإمام و قال المفيد فى باب الوديعه إن لم يعرف صاحبها أخرج منها الخمس و صرف البقيّه على فقراء المؤمنين

و يدل على الأوّل ما ورد عن أبى إبراهيم ع فى أجره الأجير المفقود قال ع اطلب و اجهد فإن قدرت عليه و إلّا فكسبيل مالك حتّى يجى ء له طالب فإن حدث بك حدث فأوص به و ما ورد عن أبى عبد اللّه ع حيث قال ع توصى بها فإن جاء طالبها و إلّا فهى كسبيل مالك

و يدلّ على الثّانى روايه داود بن أبى يزيد عن أبى عبد اللّه ع حيث قال له رجل إنّى قد أصبت مالا فكيف أتخلّص عنه قال ع و اللّه ما له صاحب غيرى ثم إنّه ع استحلفه أن يدفعه إلى من يأمره فحلف قال فاذهب و قسّمه بين إخوانك و لك الأمن ممّا خفته

و يدلّ على الثّالث الأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصّياغ من أجزاء النقدين و ما ورد من التصدق بغلّه الواقف المجهول أربابه و ما ورد من التصدّق بما حازه عامل بين أميّه و ما ورد من التصدق بأجره الأجير المفقود و نحو ذلك كمصحّحه يونس الوارده فيمن بقى عنده بعض متاع رفيقه و لا يعرف صاحبه فقال ع بعه و أعط ثمنه أصحابك قلت جعلت فداك أهل الولايه قال نعم و ما ورد فى اللّقطه و ما ورد فيما أودعه رجل من اللّصوص دراهم و لم نظفر من الأخبار ما يكون دليلا لغير هذه الأقوال

و لكن الأقوى بمقتضى الجمع بين الأخبار بل الاحتياط هو تسليمه إلى الحاكم الشّرعى فى عصر الغيبه ليتصدق به أو الإذن منه فى التصدّق عن مالكه لأنّ صريح روايه داود كون المال المجهول المالك مطلقا مال الإمام و الأدلّه الوارده فى التصدق لا تدلّ على أنّه ع فى مقام بيان الحكم الكلّى أو فى مقام الإذن فى التصدّق من حيث إنّه ماله عليه السّلام بل لا يبعد الأخير كما يدلّ عليه روايه داود فإنّه عليه السّلام بعد أن حلف بأنّه ماله أمره بالتقسيم

و يشهد لهذا الأخبار الوارده فى الأجير فإنّ فى جمله منها فرض السّائل عدم وجود وارث له فقال ع تصدق و أوص أو هو كسبيل مالك فإنّ مع فرض كون الإمام ع وارث من لا وارث له قال ع تدفع إلى المساكين و لا ينافيه قوله ع اطلب لإمكان أن يكون المراد منه اطلب مالكه الّذى هو له فى هذا الحال و هو نفسه ع و لا يبين له للتقيّه و لا قوله ع أوص به أو كسبيل مالك لأنّ له عليه السّلام أن يأذن له فى التصرّف أو فى الإيصاء به هذا بالنّسبه إلى العين و أمّا بالنّسبه إلى الدّين فالأمر أظهر و الاحتياط فيه أقوى لأن الكلى لا يتشخّص إلّا بقبض الحاكم الّذى هو ولى الغريم

و كيف كان فمقتضى الاحتياط بناء على حرمه الصدقه على الهاشمى و إن لم تكن من زكاه الأموال و الأبدان هو أن يصرفه الحاكم أو من بيده بإذن الحاكم فيما ينطبق على كونه مال الإمام ع و كونه صدقه كإعطائه إلى العالم الغير الهاشمى هذا و لكن الظاهر أنّ الفقهاء لا يفتون بروايه داود بن أبى يزيد و لا يلتزمون بأن مجهول المالك مطلقا مال الإمام ع بل هنا عناوين ثلاثه الأوّل المجهول المالك و الثانى اللّقطه و الثالث ميراث من لا وارث له

و فى القسم الثّالث يعتبر فيه أن يكون صاحب المال ميّتا لا وارث له غايه الأمر يقع الكلام فى أنّه لو شكّ فى وجود الوارث فهل يكفى استصحاب عدم وجود من يرثه بالعدم المحمولى لكون الحكم مرتبا على نفس عدم الوارث أو لا يكفى ذلك بل لا بدّ من إحرازه كما عليه صاحب الجواهر قدّس سره و كيف كان لم يعلم من الأصحاب الفتوى بمضمون هذه الرّوايه فالأقوى بناء

عليه هو التصدق بمقتضى الأخبار الكثيره و بناء عليه مصرفه الفقراء و الأحوط أن لا يكون هاشميّا

الرابع فى حكم الضّمان لو ظهر المالک

و الکلام تاره بناء على کونه مال الإمام و أخرى بناء على عدمه ثم على الثّانى تاره

يقع البحث بناء على كون يد من كان المال عنده يد أمانى و أخرى بناء على كونه يد ضمان

أما على الأول فالظاهر أنه لا- ينبغى التأمل فى أن مجرد عدم العلم بمالكه لا- ينقلب الواقع عما هو عليه بل كونه للإمام حكم ظاهرى فإذا وجد مالكه فهو له بل لو قلنا بالانقلاب كما هو الظاهر فى أخبار إرث من لا وارث له إلا أنه كذلك ما لم يوجد مالكه فإذا وجد الوارث فينقلب الأمر و يخرج عن موضوع من لا وارث له

و على هذا فلو كان المال موجودا عند الحاكم الذى هو نائب الإمام ع يجب رده إلى مالكه بلا إشكال إنما الكلام فى أنه لو تصدق به الحاكم فتاره العين باقيه عند الفقير و أخرى غير باقيه و على أى حال لا يمكن الحكم بالضمان لا على الحاكم و لا على الفقير أما على الحاكم فلروايه أصبغ الوارده فى أن الحاكم لا- يضمن فيما أخطأ فى دم أو قطع و الروايه و إن كانت مخصوصه بباب القطع و الدم و لا يشمل المال إلا أن الظاهر اتحاد المناط

نعم فى باب الدم و القطع قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن ما أخطأت القضاه فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين و أما فى باب المال فلم يدل دليل على أنه على بيت المال فمع كون الحاكم غير مقصر فى التصدق لا وجه لكونه ضامنا و أما على الفقير فادعى شيخنا الأنصارى قدس سره أنه لم يقل أحد برجوع المالك إلى الفقير مع بقاء العين

ثم على هذا لا فرق بين أن يتصدى الحاكم بنفسه للتصدق أو يوكل غيره و يشهد لهذا روايه داود فإن ظاهرها أنه لا ضمان على المباشر أيضا فإن قوله ع و لك الأمن مما خفته ظاهر فى أنه لا شى ء عليه بعد تقسيمه

و أما على الثانى بأن لا يكون مجهول المالك مال الإمام و كان اليد يد أمانى فالأقوى أيضا أنه لو كان المال باقيا عنده أو عند الحاكم يجب رده إلى المالك و أما لو كان تالفا أو كان باقيا عند الفقير فلا ضمان على أحد سواء تصدق به بنفسه أو أعطاه إلى الحاكم و هو تصدق به و لا يمكن قياسه بباب اللقطه و لا بما أودعه اللص و لا يمكن إدراجه فى قاعده من أتلف

أما عدم إمكان قياسه بباب اللقطه فلأن فيها لم يرد الأمر بالتصدق المطلق بل الملتقط مختار فى التملك أو الحفظ أو التصدق مع التعهد بالضمان و أما باب اللص فلما عرفت من عدم التعدى منه إلى مطلق مجهول المالك مع أنه لم يرد فيه الأمر بالتصدق المطلق

و أما فى المقام فقد ورد الأمر به مطلقا من دون تعرض لتعهد الضمان كما فى روايه داود و روايه على بن أبى حمزه الوارده فى صديق له كما تقدم الإشاره إليهما فعلى هذا لا يمكن إدراجه فى قاعده من أتلف لأن مجرد الإذن فى الإتلاف و إن لم يقض المجانيه لإمكان كونه إذنا به مع التعهد بالضمان إلا أنه لو كان فى مقام البيان و سكت عن الضمان فيستكشف منه المجانيه كما لو أذن صاحب الطعام لغيره فى الأكل من دون تقييده بالضمان فإن الظاهر منه هو الإباحه مجانا إلا أن يكون قرينه على الضمان كالمطابخ المعده لبيع الأطعمه و حيث إن فى المقام ورد الأمر من الشارع بالإتلاف مع ظهوره فى عدم الضمان فلا وجه للضمان

و بالجمله نفس هذه الأدله حاكمه على قاعده من أتلف مع أنه لو شك فيه و لم يستظهر من الأخبار المجانيه مع عدم عموم فى

قاعده من أتلف يشمل المقام أى مقام الإحسان إلى المالك لا الإتلاف عليه فمقتضى القاعده البراءه من الضمان و لا وجه لما عن شيخنا الأنصارى قدس سره من عدم القول بالفصل بين هذه الصوره و الصوره التى يستصحب الضمان فيها لكون اليد مسبوقه به و لا للتمسک بمرسله السرائر

أما عدم القول بالفصل ففيه أولا يمكن العكس بأن يقال عدم اقتضاء الضمان فى هذه الصوره

يقتضى عدمه لو كانت اليد يد ضمان و ثانيا أن عدم القول بالفصل إنما يتم فى الأحكام الواقعيه لا فى مجارى الأصول فاقتضاء الاستصحاب الضمان فى مورد لا- يقتضى ثبوته فيما لا يجرى فيه الاستصحاب و أما مرسله السرائر فالظاهر أنها روايه حفص الوارده فيمن أودعه رجل من اللصوص دراهم

و قد تقدم منه قدس سره أنه لا وجه للتعدى منها إلى غير مورد السرقه ثم إن فى هذه الصوره لا فرق بين أن يتصدق هو بنفسه أو يدفعه إلى الحاكم فيتصدق به لأنه على أى حال لا ضمان سواء كان الحاكم متصرفا بعنوان الولايه بناء على وجوب الدفع إليه أو كان من جهه الوكاله من باب أنه أعرف بموارد الصدقه بناء على أن من كان المال عنده هو المكلف بالصدقه كما هو المشهور فى الوديعه و العاريه و نحوهما حيث قالوا بأن وجوب رد الأمانه إلى أهلها يقتضى تعلقه بمن وقع المال عنده و لو لم يجده فيحفظه له أو يتصدق به و كيف كان لا موجب للضمان فى هذه الصوره أصلا

و أما على الثالث و هو ما لو كان اليد مسبوقه بالضمان كما إذا تملك من الغاصب بعنوان الجائزه ثم علم بأنه مغصوب بناء على عدم الفرق فى ضمان اليد بين العلم و الجهال أو تملك منه مع علمه بأنه مال الغير ثم ندم و تاب كما فى مثل كاتب بنى أميه فالحق أيضا عدم الضمان لو تصدق به لأن الرد و الأداء المعتبر فى باب الأمانات و اليد يتحقق بالرد إلى الفقير أو الحاكم بناء على كونه وليا لأن الأدله الداله على وجوب التصدق المطلق مع سكوتها عن الضمان حاكمه على قوله حتى تؤدى فتجعل الأداء أعمّ من الأداء إلى المالك أو من هو بمنزلته كالحاكم أو الفقير

ثم بناء عليه لا- فرق بين أن يتصدق هو بنفسه أو يدفع إلى الحاكم فيتصدق به كما أنه بناء على الضمان لو قلنا بأن ولايه هذا المال للحاكم فلو دفعه إليه يخرج عن الضمان لأن الدفع إلى الولى بمنزله الدفع إلى المولى عليه فلا هو ضامن و لا الحاكم نعم لو قلنا بالضمان و قلنا بعدم الولايه للحاكم لكن يجوز الدفع إليه لأعرفيته بموارد الصدقه فلو تصدق الحاكم فالضمان على من كان المال فى يده لأن الحاكم بمنزله الوكيل له و إتلاف الوكيل لا يوجب ضمانا عليه بل على الموكل

ثم بناء على ما اخترناه من عدم الضمان مطلقا فلا موقع للبحث عن الفروع الثلاثه التى فرعها شيخنا الأنصارى قدس سره على الضمان أولها هل يثبت الضمان بمجرد التصدق و إجازه المالك رافعه له أو يثبت بالرد من حينه أو من حين التصدق و ثانيها أنه لو مات المالك فهل لورثته الإجازه و الرد أو لا و ثالثها أنه لو مات المتصدق و رد المالك فهل يتعلق المال بذمه الدافع و يخرج من تركته أو لا فإنه لا محل لهذه الفروع لما عرفت من أنه لا يقاس المقام بباب اللقطه و وديعه اللص

نعم بناء على الضمان فى المقام مطلقا أو على التفصيل أو جعل موضوع البحث باب اللقطه و ما يلحق بها فللنزاع فى هذه الفروع مجال و الأقوى فى الأول منها هو الضمان بمجرد التصدق إذا كان يده يد أمانى لأن به يتحقق الإتلاف غايه الأمر أن إجازته بمنزله الإبراء

و أما إذا كان يده يد ضمان فالأمر أوضح لأنه كان ضامنا قبل التصدق و التصدق موجب لفعليه تأثير الضمان بناء على أن الضمان فى القيميات بيوم التلف و أما بناء على كونه بيوم الغصب فالمدار على قيمه ذلك اليوم

و بالجمله مع فرض الضـمان قبل التصدق فالتصدق أو الرد لا يتحقق به الضمان كما أنه ليس موجبا لضمان مستقل و أما فی باب اللقطه فلا إشـكال فی ضـمان الملتقط سواء قصد تملكه بعد تعريفه حولا أو تصدق به و اختلفوا فی وقت الضـمان فبعضهم جعل فی مورد قصد التملك

الضّمان بنفس هذا القصد و بعضهم بظهور المالك و بعضهم بمطالبته ثم إنّهم اختلفوا فى مورد بقاء العين فى أنّ للمالك مطالبتها أو ليس له إلّا المثل أو القيمه

و أما الضّمان فى مورد الصّدقه فالاحتمالات الثلاثه فى المقام جاريه فيه أى الضّمان بمجرّد التصدّق أو بردّ المالك نقلا أو كشفا و لكن الأقوى فيما إذا كان التصدّق مستلزما للضّمان أن يكون الضّمان حاصلا به لا بردّ المالك كشفا أو نقلا و فيما إذا كان نيّه التملّك مستلزما له أن يكون هو العلّه له و لا ينافى ذلك كون المالك مستحقّا لمطالبه نفس العين لأنّ الناوى يملكها ما دام

و الأقوى فى الفرع الثّانى أن يكون الوارث قائما مقام مورثه سواء قلنا بتحقّق الضّمان بالتصدّق أو بردّ المالك كشفا أو نقلا أمّا على الأوّل فواضح لأنّ كون الإتلاف موجبا للضّمان يقتضى أن يشتغل ذمّه المتلف بالمثل أو القيمه للمتلف عليه سواء قلنا بانتقال التّالف فى ملك المتلف أما ما لو قلنا بأنّ الضّمان غرامه شرعيّه وجبت عليه و لو مع بقاء التّالف فى ملك صاحبه و أمّا على الثّانى فلأن تحقّقه بالرّد معناه أنّ للمالك حقّ التّضمين كما اختار هذا المعنى صاحب الجواهر فى ضمان اللّقط بالتصدّق فقال قدّس سره أمّا الضّمان بالصّدقه به فلا يبعد كون المراد به استحقاقا عليه بمجى ء المالك و عدم إرادته الأجر إلى آخره و ذلك لأنّ الحقوق المالكيّه ممّا يرثه الوارث

و احتمال أن يكون الضّمان حكما شرعيّا لا حقّا مالكيّا فلا يرثه الوارث احتمال لا يعتنى به لأنه لا شبهه فى قابليته للإسقاط و جعل العوض له و الأقوى فى الثّالث إخراج الغرامه من تركته لأنّه متعلّق بذمّته سواء باشر التصدّق بنفسه أو بوكيله نعم بناء على أنّ له التصدّق و الدّفع إلى الحاكم لكونه وليّا فلو دفعه إلى الحاكم يبرأ ذمّته و لتوضيح هذه الفروع محلّ آخر و الغرض الإشاره إلى الوجوه المحتمله و مداركها و عليك بالمراجعه إلى محالها هذا كله حكم الصّوره الثالثه

و أمّا الصوره الرّابعه

و هى ما علم إجمالا باشتمال ما دخل تحت يده على الحرام فإمّا أن يكون الاشتباه موجبا لحصول الإشاعه و الاشتراك أو لا يكون كذلك و على الأوّل فالقدر المأخوذ و المالك إمّا معلومان أو مجهولان أو مختلفان فلو كان القدر و المالك معلومين فيجب دفع حصّته إليه سواء كان الإشاعه حاصله من أوّل الأمر كما إذا كان ثوب أو دار مشتركا بين اثنين و دفع الغاصب أو غيره مجموع المال إليه أو طرأ الإشاعه كما إذا امتزج مائع بمائع بفعل الدافع أو بفعل المدفوع إليه أو اختلط حنطه مع مثلها اتّفاقا أو بفعل أحدهما فالحكم فى جميع الصّور دفع حصّه المالك إليه غايه الأمر قد يحصل النّقص بسبب المزج أو الخلط و قد لا يحصل فإذا حصل النّقص و كان المزج بفعل شخص فالضّمان عليه إلّا أن لا يكون يده يد ضمان

ثم المزج قد يلحق بالتّلف كمزج ماء الورد بالنّفط و قد يتبدّل صوره الممتزجين إلى صوره ثالثه و قد يبقى الممزوجان على حالهما و تفصيل الأقسام مع حكم كلّ واحد منها سيجى ء إن شاء اللّه تعالى فى خيار الغبن و لو لم يعلم المالك و لا المقدار فالمعروف إخراج الخمس و لا إشكال فيه بمقتضى الأخبار إنّما الكلام فى أنّه هل يؤخذ بإطلاق الأخبار و يطهر المال بالخمس

سواء علم بزياده المحرّم على الخمس أو نقيصته منه فيجب إخراج الخمس و لو علم بنقص الحرام عنه و لا يجب دفع الزّائد عن الخمس و لو علم بزياده الحرام منه أو يختصّ بما إذا كان القدر مجهولا و الأقوى هو الأخير لانصراف الأخبار إليه لاختصاصها به

و توضيح ما يتعلّق به من الأحكام من كون مصرفه هو مصرف الخمس المعهود أو لا و أن الحكم ظاهريّ أو واقعيّ بحيث إنّه

لو ظهر المالک لا ـ یجب دفع القیمه إلیه فی محلّه و أمّا إذا کـان القـدر معلومـا و المالک مجهولا فقـد تقـدّم فی الصوره الثالثه حکمه و أمّا إذا کان المالک معلوما و المقدار مجهولا فیجب التخلّص عنه بالمصالحه أو یحکم بالتّنصیف بینهما قهرا

و یـدلّ علیه صـحیحه عبـد اللّه بن المغیره عن أبی عبـد اللّه ع فی رجلین کان معهما درهمان فقال أحـدهما الـدّرهمان لی و قال الآخر هما بینی و بینک قال فقال أبو عبـد اللّه ع أما الـذی قال هما بینی و بینک فقد أقرّ بأن أحد الدّرهمین لیس له فیه شـی ء و أنّه لصاحبه و یقسّم الدّرهم الثّانی بینهما نصـفین فإنّ من هذا الخبر یسـتفاد أن کلّ مال کان مشاعا بین شریکین و لم یعلم مقدار حقهما فالحکم التّنصیف و مورده و إن کان مورد التّنازع إلّا أنّ المناط مطّرد فی مقامنا أیضا

و علی أیّ حـال فالمصالحه لو أمکنت فهی مقتضـی الاحتیاط بلا إشـکال و أمّا علی الثّانی و هو ما لو کان المال مفروزا و اشـتبه الحرام بالحلال فیتعیّن بالقرعه أو یباع المجموع و یشترکان فی الثمن و یستفاد الوجه الثانی من خبر إسحاق بن عمّار عن الصادق ع فی الرّجل یبضعه الرّجل ثلاثین درهما فی ثوب و آخر عشرین درهما فی ثوب فبعث الثّوبین فلم یعرف هذا ثوبه و لا هذا ثوبه قال ع یباع الثوبان فیعطی صاحب الثّلاثین ثلاثه أخماس الثمن و للآخر خمسا الثّمن

ثم لو کان المالک معلوما فیعطی ما تعیّن بالقرعه أو قیمه ما بیع بنسـبه ماله و لو کان مجهولا فحکمه ما تقـدم هـذا بناء علی عدم شمول أخبار الخمس للمقام و إلّا فلو قیل بأنّ مجرّد الاشـتباه و لو لم یکن بالخلط و الامتزاج یوجب إخراج خمسه إذا کان مالکه مجهولا فالحکم هو التّخمیس فی المقام علی التّفصیل المتقدم و تمام الکلام موکول إلی باب الخمس الأمر

الرابع قد استفاضت النّصوص بأنّ ما یأخذه السّلطان باسم الخراج و المقاسمه

اشاره

و ما یأخذه باسم الزّکاه و ما یأخذه باسم جزیه الرّءوس الموضوعه علی الذّمیّ یجوز شـراؤه بل مطلق التقلب فیه من قبول اتّهابه و نحو ذلک و یظهر ذلک بالمراجعه إلی الأخبار الوارده فی هـذا الباب فإنّ النصوص فی کلّ واحـد من هذه العناوین الأربعه و إن لم تکن مستفیضه إلّـا أنّهـا مسـتفیضه فی المجموع بـل فوق حـدّ الاسـتفاضه و ادعی جمـاعه من الأعیـان الإجمـاع فی المسأله و المنـاقشه فی دلاـله الأخبار من الشّـیخ إبراهیم بن سـلیمان القطیفی قـدّس سـرّهما لیست إلّا کسـراب بقیعه و مباحثاته مع المحقّق الثانی معروفه و رسالته فی ردّ قاطعه اللّجاج فی حلّ الخراج مصداق لما یقال قد أرعد و أبرق و ترنّم و لم یأت بشی ء

و کیف کـان فالاعتماد فی الفتوی بـذلک علی الأخبار فإن من ظاهر الأسـئله و الأجوبه یسـتکشف أنّ الحکم کان مفروغا عنه و أمّا الإجماع فالمناقشه فیه واضـحه و قاعده الضّرر و الحرج إنّما تفیدان لرفع الأحکام الثّابته لا لاستفاده ملاک الجعل منهما فلیس للفقیه وضع حکم أو رفعه إذا استلزم من عدمهما الضرر أو الحرج النّوعی فالتمسّک بهما فی المقام ممّا لا أساس له

و بـالجمله أصـل الجواز فی الجمله لا إشـکال فیه إنّما الکلام فی تنقیـح موضوعه و أن حکم السّـلطان حکم الإمام العادل بحیث یحرم عـدم دفع ما یضـعه علی الأراضـی و الرّءوس و أنّه هل یختصّ بالسّـلطان الّذی یدعی الخلافه أو یعمّ غیره و غیر ذلک ممّا

يتفرّع عليه و توضيح ذلك على سبيل الإجمال فى ضمن مسائل

الأولى قال فى المسالك المقاسمه حصّه السّلطان من حاصل الأرض

يؤخذ عوضا عن زراعتها و الخراج مقدار من المال يضرب على الأرض أو الشّجر

و قال المحقّق الأردبيلى قدّس سره فى رسالته الخراجيّه الخراج على ما فهم من كلامهم أنّه كالأجره المضروبه على الأرض الّتى فتحت عنوه و كانت عامره حين الفتح و فى معناه

المقاسمه سواء كانت عين حاصل الأرض كالثلث أو من النقد بل غيره أيضا و قيل إنه مختص بالقسم الثانى و المقاسمه بالأوّل و قد يفرق بالمضروب على الأرض و المواشى

و قال فى المستند المراد بالمقاسمه الحصّه المعيّنه من حاصل الأرض يؤخذ عوضا عن زراعتها و بالخراج المال المضروب عليها أو على البحر حينما يراه الحاكم و فى المجمع و قيل يقع اسم الخراج على الضّريبه و الفى ء و الجزيه و الغلّه و منه خراج العراقين إلى آخره و الظّاهر أنّ الخراج هو الأعمّ ممّا يؤخذ من حاصل الأرض و ممّا يؤخذ ضريبه المعروف فى إيران بالماليات و فى العراق بالميرى و كيف كان مورد السؤال فى الأخبار يشمل كلّ ما يؤخذ من الأرض جنسا أو نقدا

الثّانيه أن الأراضى الّتى هى موضوع البحث هى الأراضى المأخوذه من الكفّار بالصّلح

بأن تكون الأرض للمسلمين و لهم السّكنى و الأراضى المفتوحه عنوه و المسلّم منها هى أراضى العراق و أمّا أرض مكه المعظمه فالأقوال فيها مختلفه و إن كان الظّاهر أنّها فتحت عنوه لصراحه جمله من التواريخ عليه مع دلاله عدّه من الأخبار على ذلك أيضا و أمّا بلاد إيران فالرّى و نهاوند فتحت عنوه و أما باقى الأمصار فالتّواريخ مختلفه فيها سيّما أصفهان و خراسان و آذربايجان و أمّا بلاد الشام و نواحيه فكذلك

و كيف كان فما هو متعلق للخراج هو الأرض المعموره حال الفتح و أمّا الموات منها محكومه بحكم ما لم يوجب عليه بخيل و لا ركاب مخصوصه بالإمام عليه السّلام و على هذا فيشكل إثبات الموضوع فعلا لاحتمال أن يكون ما هو معمور فعلا مواتا حال الفتح و مقتضى ذلك عدم ترتيب آثار المفتوحه عنوه على الأملاك الفعليّه فى العراق بل يحكم بملكيّه من بيده لظاهر اليد و عدم أصل محرز لحال اليد و أمّا فى عصرنا هذا فموضوع البحث ساقط كما لا يخفى

الثّالثه ظاهر جماعه من الأصحاب وجوب دفع حصّه السّلطان إليه

و حرمه منعه عنها و تناولها بغير إذنه و بعضهم خصّ حرمه المنع بالخراج و المقاسمه دون الزكاه و الجزيه و لكن الأقوى عدم وجوب الدّفع إليه مع التمكّن ففى ذيل صحيحه العيص و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم إلّا أن يقال يستفاد من ظواهر الأخبار أنّ حكم تصرّف الجائر فى الأراضى الخراجيّه حكم تصرّف الإمام العادل و صحيحه عيص و ما يقرب منها كصحيحه هشام أنّ هؤلاء المصدّقين يأتونا فيأخذون منا الصّدقه فنعطيهم إياها يجزى عنّا فقال لا إنّما هؤلاء قوم عصوكم أو قال ظلموكم أموالكم و إنّما الصّدقه لأهلها مخصوصه بالصدقات و لم يدل دليل على منع الخراج

و لكن الأقوى أنّهم عليهم السلام أباحوها لمواليهم و شيعتهم كما فى الأخبار الوارده فى الخمس و لم يجعلوا السّلطان واليا منصوبا من قبلهم حتّى يحرم مع المذكورات عنه بل لا إشكال أنّه ظالم و غاصب حقّ الإمام ع و حق من كان منصوبا من قبله نصبا خاصّا أو عامّا

فما عن ظاهر المسالك و المحقّق الثّانى و كاشف الغطاء قدس أسرارهم من حرمه سرقه الحصّه و خيانتها و الامتناع من تسليم ثمنها إلى الجائر لا بدّ من حمله على حرمه المنع مطلقا بحيث لا يصرفه فى مصالح المسلمين أصلا و لا يدفعه إلى الوالى عليهم

شرعا لا أنّه يجب دفعه إلى السّلطان مع تمكّنه من دفعه إلى الحاكم الشّرعى من دون ضرر و حرج

و بالجمله يستفاد من مجموع الأخبار الوارده فى المقام و الأخبار الوارده فى حلّ جوائز السّلطان و الأخبار الوارده فى تحليل الأنفال للشّيعه و حرمه إعانه الظّلمه بأىّ وجه كان أمور لا ينبغى التأمّل فيها

الأوّل أنّ سلاطين الجور ليسوا منصوبين من الأئمّه عليهم السّلام و ليسوا مستحقّين للولايه بحيث يجوز

التولّی من قبلهم و یحرم منع ما یصنعونه علی الأراضی و المواشی

الثّانی خروج من أخذ منه الزکاه و الخراج عن عهده ما یجب علیه إذا لم یتمکّن من دفعه إلی مستحقّه و صرفه فی مصالح المسلمین ففی صدر صحیحه العیص ما أخذ منکم بنو أمیّه فاحتسبوا به و فی خبر أبی کهمش عن الصّادق ع من أخذ منه السّلطان الخراج فلا زکاه علیه

الثالث عدم اختصاص جواز الأخذ بمن کان مستحقّا له أو کان مصرفا له فإنّ بعض الأخبار و إن کان ظاهره الاختصاص کقوله ع ما منع ابن أبی سماک أن یبعث إلیک بعطاک أ ما علم أنّ لک فی بیت المال نصیبا

إلّا أنّ ظاهر جمله من الأخبار هو الإطلاق ففی صحیحه الحذاء عن الباقر ع سألته عن الرّجل منّا یشتری من إبل الصّدقه و غنمها و هو یعلم أنّهم یأخذون منهم أکثر من الحقّ الذی یجب علیهم قال فقال ما الإبل و الغنم إلّا مثل الحنطه و الشّعیر و غیر ذلک لا بأس به حتی یعرف الحرام بعینه فیجتنب قیل له فما تری فی مصدق یجیئنا فیأخذ منّا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فیبیعناها فما تقول فی شرائها منه فقال إن کان قد أخذها و عزلها فلا بأس قیل له فما تری فی الحنطه و الشّعیر یجیئنا القاسم فیقسم لنا حظّنا و یأخذ حظّه فیعزله بکیل فما تری فی شراء ذلک الطعام منه فقال إن کان قبضه بکیل و أنتم حضور ذلک فلا بأس بشرائه منه من غیر کیل

و فی نوادر أحمد بن محمّد بن عیسی عن أبیه قال سئل أبو عبد اللّه ع عن شراء الخیانه و السّرقه قال إذا عرفت ذلک فلا تشتره إلّا من العمّال و فی صحیحه إسماعیل بن فضل أیضا ما یدلّ علی ذلک فراجع و تدبّر

الرابعه لا فرق فی الجواز بین ما أخذه السّلطان و وضعه فی بیت المال و ما لم یأخذه

فیصحّ الأخذ ممّن فی ذمّته الخراج بأمر السّلطان و الحواله علیه و یدلّ علی کلیهما الأخبار الوارده فی باب قباله الأرض و تقبل الخرج أو استیجار أرض الخراج من السّلطان ثم إجارتها للزارع بأزید من ذلک فعن العیص بن المختار قال قلت لأبی عبد اللّه ع جعلت فداک ما تقول فی الأرض أتقبلها من السّلطان ثم أؤاجرها أکرتی علی أنّ ما أخرج اللّه تعالی عزّ و جلّ منها من شی ء کان لی من ذلک النّصف أو الثلث بعد حقّ السّلطان قال لا بأس به کذلک أعامل أکرتی

و عن إسماعیل بن الفضل عن أبی عبد اللّه ع قال سألته عن رجل یتقبّل خراج الرجال و جزیه رءوسهم و خراج النّخل و الشّجر و الآجام و المصاید و السّمک و الطّیر و هو لا یدری لعلّ هذا لا یکون أبدا أو یکون أ یشتریه و فی أیّ زمان یشتریه و یتقبّل منه فقال إذا علمت أنّ من ذلک شیئا واحدا قد أدرک فاشتره و تقبّل منه

فما عن السّید عمید الدّین علی ما نقل عنه المقدّس الأردبیلی قدّس سره من أنّه یحلّ بعد قبض السّلطان و نائبه لا وجه له لأنّه لو جوّز خصوص ما أخذه السّلطان فیرده کلتا الطّائفتین و لو التزم بصحّه تقبّل الأرض الخراجیّه من السّلطان فیرده کلتا الطّائفتین و لو التزم بصحّه تقبّل الأرض الخراجیّه من السّلطان و لکن مع من تقبّل نفس الخراج فیرده الطّائفه الثّانیه فإن قوله یتقبّل خراج

الرّجال إلى آخره صريح فى جواز المعامله بنفس المال قبل أخذ السّلطان و عامله

و كيف كان إطلاق كلمات بعض الأصحاب فى الصّحه فى نفس المأخوذ ليس ناظرا إلى الاختصاص فالأقوى عدم الفرق

الخامسه هل المراد من السّلطان الوارد فى هذه الرّوايات هو السّلطان الّذى يرى نفسه خليفه

أو يشمل كلّ سلطان مسلم أو يشمل مطلق السلاطين و لو لم يكونوا مسلمين يظهر من جماعه الاختصاص و يظهر من جمله منهم

التّعميم و لا يخفى ما فى استدلال الطّرفين فالقائل بالاختصاص مثل صاحب المسالک وجهه بأنّه يباح الأخذ منه نظرا إلى معتقده

و فيه أنّه إذا كان منشأ الجواز اعتقاد السّلطان باستحقاقه فلا يكفى معتقد موحده بل يشترط أن يكون دافع الخراج أيضا يعتقد استحقاق السّلطان فلو كان مؤمنا أو كافرا فلا يجوز أخذ خراجه من السّلطان و على هذا فمرجع توجيهه إلى أنّ المورد من صغريات قاعده ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم و الحال أنّ هذا خلاف منصرف الأخبار و صريح كلمات الأخبار

و القائل بالتّعميم مثل صاحب الجواهر و شيخنا الأنصارى قدّس سرهما تمسّكا بمثل قاعدتى الحرج و الضّرر و إطلاق الأخبار و زاد الأوّل بأنّ وجه الإذن منهم ع هو توسّل الشّيعه إلى حقوقهم الثابته فى بيت مال المسلمين كما أشعر به الحسنه السّابقه و غرضه من الحسنه قوله ع أ ما علم أنّ لک فى بيت المال نصيبا و لا يخفى ما فيه

أمّا أوّلا فلأنّ القاعدتين حاكمتان على الأحكام الثّابته و لا يمكن إثبات الحكم بهما كما أشرنا إليه و ظهر فى محلّه

و أمّا ثانيا فلأنّه لو كان المدار فى الجواز على استحقاق الأخذ لكونه مصرفا لما أعدّ لمصالح المسلمين فيجب الاقتصار على مثله و موضوع البحث جواز الأخذ مجّانا أو بالمعامله لمطلق الشّيعه

و أمّا ثالثا فلأنّه لو كان المدار على الحراج و الاستحقاق فلا وجه لإخراج من لا يكون له سلطنه عامّه مستقلّه كالسّلطان الّذى تحت سطوه سلطان آخر و من خرج على السّلطان و تسلّط على قريه أو بلده فالأولى التمسّک بإطلاق الأخبار و كون المناط فى الحليّه هو إذن من له الأمر ع لمطلق شيعتهم نعم لو ادّعى انصراف الأخبار إلى الجائر الّذى يرى نفسه مستحقا فله وجه فمقتضى الاحتياط عدم جواز الأخذ ممّن لا يرى نفسه مستحقّا للخلافه أو كان سلطنته باستظهار غير المسلم

و بالجمله لا يمكن الجزم بالتّعميم و إن كانت الأخبار مطلقه فتدبّر

السّادسه قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ موضوع البحث هو ما كان فيئا للمسلمين و يصرف فى مصالحهم بضميمه الزّكوات و جزيه الرّءوس فإنّ الزكاه و إن كان لها مصرف خاصّ و لا تدخل فى مصالح المسلمين إلّا بعض مصارفها إلّا أنّ مقتضى النّصوص دخولها فى الخراج و المقاسمه حكما و هذا لا إشكال فيه إنّما الكلام فى أنّه هل للخراج حدّ معيّن بحيث لو زاد أو نقص منه لا يدخل تحت العنوان أو لا حدّ له الأقوى كونه موقوفا على تراضى السّلطان و المأخوذ منه

قال أبو الحسن ع و الأرض الّتى أخذت عنوه بخيل و ركاب فهى موقوفه متروكه فى يد من يعمّرها و يحييها على صلح ما يصالحهم عليه الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النّصف و الثّلث و الثلثان و على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضرّ بهم و على هذا فإذا زاد الجائر ظلما حرم تناوله كما أنّه لو خفف لا لمصلحه راجعه إلى المسلمين بل تشهّيا و صداقه مع المتقبّل و نحو ذلک يجب ردّ مقدار النّقص إلى الحاكم الشّرعى

و بالجمله فى ء المسلمين يجب أن يرجع إليهم إلّا أنّ الشارع حكم بأن تصرّف الجائر فيه كتصرف الإمام العادل و مقتضى ذلک اختصاص الإذن بما يتصرف به الإمام العادل فالزّائد و الناقص غير نافذ منه و كيف كان فاختصاص الموضوع بالخراج و

المقاسمه دون الزّكاه و الجزيه كما عن بعض لا وجه له

و على أى حال قد عرفت أنّ البحث عنه فى هذه الأزمنه قليل الجدوى و إنّما تعرضنا تبعا لما هو المعمول بين الفقهاء فلنرجع إلى تحرير ما أفاده مدّ ظلّه في كتاب البيع و لمّا كان عنوان بحثه كتاب المكاسب لعلم التّقى و خاتم الفقهاء الحاج الشّيخ مرتضى الأنصارى التّسترى أعلى اللّه مقامه

فلنحرّر ما أفاده مد ظلّه بطريق الحاشيه على الكتاب

كتاب البيع

اشاره

قال قدس سره كتاب البيع

و قبل الخوض فى مسائله ينبغى التّنبيه على أمر ربما يكون له دخل فى بعض مقاصد الكتاب و هو أنّ الفقهاء رضوان اللّه عليهم قسموا مسائل الفقه إلى أقسام أربعه عبادات و عقود و إيقاعات و أحكام و قد يعبّر عنها بعبادات و عادات و معاملات و سياسات

و العبادات تطلق على معان ثلاثه أوّلها ما يعتبر فيه قصد التقرّب و هى العبادات بالمعنى الأخص و ثانيها ما يمكن فيه قصد التقرّب و هى العبادات بالمعنى الأعم و ثالثها الوظيفه الّتى شرعت على أشخاص خاصّه و يندرج فى هذا القسم باب الجهاد و الأمر بالمعروف و النّهى عن المنكر و باب الولايات و القضاء و الشهادات و المعنى الثّالث متوسط بين المعنيين الأوّلين فإنّه أعمّ من الأوّل و أخصّ من الثّانى و وجه إدراج المحقّق باب الجهاد و الأمر بالمعروف و النّهى عن المنكر فى العبادات بلحاظ هذا المعنى أو المجرد مناسبه ما كما أدرج أحكام المياه فى هذا القسم أيضا

و أمّا المعاملات فلها أيضا معان ثلاثه أوّلها ما لا يعتبر فيه قصد التقرب و هذا المعنى عام يشمل ما يتوقّف على الإنشاء و ما لا يتوقّف و ثانيها خصوص باب العقود أى ما يكون قوامه بإنشاء طرفين و ثالثها المتوسط بين الأوّلين أى ما يحصل بالإنشاء سواء كان بين الطّرفين كالعقود أو لا كالإيقاعات ثم إنّه قد يشكّ فى كون شى ء عقدا أو إيقاعا و سيجى ء تفصيل ذلك إن شاء اللّه فى محلّه

و كيف كان فالقسم الثّانى من مسائل الفقه هو الّذى يتوقّف على إنشاء الطّرفين و يسمّى بالعقد و العقود على أقسام ثلاثه عقود إذنيّه و عهديه و هى على قسمين تعليقيّه و تنجيزيّه أمّا الإذنيّه فهى عقود باصطلاح الفقهاء لا بالمعنى اللّغوى و العرفى لأنّ معنى العقد لغه و عرفا هو العهد المؤكّد و ما يكون فيه إلزام و التزام و أمّا العقود الإذنيّه فتسمّى عقودا لأنّها ترتبط بشخصين لا أنّ فيها عهدا و عقدا فقوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يشمل هذه العقود لخروجها عنه تخصّصا

و بالجمله ما كان قوامه بالإذن و مجرّد رضاء ولى الأمر و مالكه لا يكون فيه عهد و التزام و هذه كالوديعه و العاريه بناء على أن يكون مفادها الإباحه المجانيه و أمّا بناء على كونها مقيده للتّمليك المجّانى فتدخل فى العهديّه و كالوكاله على أحد القسمين فيها فإنّها بنوعها و إن كانت تفيد إباحه التصرّف للوكيل إلّا أنّ قسما منها عهدى و هو الّذى يتوقّف على الإيجاب و القبول مع شرائط خاصّه مذكوره فى محلّه و من أحكام هذا القسم أنّه لو تصرّف الوكيل بشرائط التصرّف و لم يعلم بعزل الموكل لا يبطل تصرّفه و قسما منها إذنى و هو عباره عن مجرّد الإذن فى التصرّف بل مطلق الرّضا به و من أحكامه أنه يبطل تصرف الوكيل بمجرّد رجوع الموكل عن إذنه و لو لم يطّلع عليه الوكيل ثم إنّه قد يكون العقد مركبا من عهدى و إذنى باعتبار مدلوله

المطابقى و الالتزامىّ كالإجاره فإنّها تدخل من جهه تمليک المنفعه بالعوض فى العهديّه و من جهه تصرف المستأجر فى العين فى باب الأمانات المالكيّه التى ترجع جميع العقود الإذنيّه إليها

و أمّا التّعليقيه فهى الّتى يكون المنشأ فيها معلّقا على شى ء كالسّبق و الرّمايه و الجعاله بناء على كونها عقدا و متوقفا على القبول و لو كان فعلا نعم بناء على كونه إيقاعا

يخرج عن هذا الباب و كيف كان إذا كان المنشأ معلّقا بإن و أخواتها فيكون من العهديّه التعليقيّه

و أمّا العهـديّه التنجيزيّه فهى عباره عن البيع و الإجاره و نحوهما ممّا كان المنشأ منجّزا و متحقّقا بإنشاء الطّرفين سواء كان تمليكا للعين أو المنفعه و سواء كان بعوض أو بلا عوض فتمليك العين بالعوض بيع و بلا عوض هبه و تمليك المنفعه بالعوض إجاره و بلا عوض عاريه بناء على كونها مفيده للتّمليك لا بناء على ما هو الحقّ من أنّها مفيده للإباحه

ثم إنّ الصّلح أيضا عنوان مستقلّ و يكون المنشأ به هو التّسالم على أمر نعم قـد يكون نتيجه التّسالم هو تمليك العين بعوض أو بلا عوض أو تمليك المنفعه بعوض أو بلا عوض لا أن يكون تابعا لأحد هذه العناوين الأربعه بأن يكون إمّا بيعا أو هبه أو إجاره أو عـاريه كمـا عليه الجمهور و تبعهم من الخـاصّه جمـاعه و ذلـك لأنّ المناط فى الاسـتقلاليّه أو التبعيّه هو لحاظ المنشأ بالعقد بالمدلول المطابقى لا الالتزامى

فكون نتيجه الصّلح أحد هذا الأمور لا يوجب إرجاعه إليها بل لا شبهه أن مدلوله المطابقى إنشاء التّسالم على أمر فقد يكون هذا الذى تسالما عليه أحد هذه الأمور و قد يكون إسقاطا لحق غير قابل للبيع كما فى بعض الحقوق و قد يكون إسقاطا لحقّ الدّعوى الّذى قد لا يكون المدعى به ثابتا فى الواقع

و حيث إنّ المنشأ به هو التّسالم فيجب أن يتعـدى بعلى لا بالباء فلو قال صالحتك هـذا بهذا فإمّا يكون بيعا فاسدا بناء على بطلان إنشـاء عنـاوين العقود بالألفـاظ المجـازيّه و إمّا يكون بيعا صـحيحا بناء على صـحه إنشائها بغير ألفاظها و على أىّ حال لا يكون صلحا لأنّ المنشأ به هو التبانى على أمر و التسالم عليه فيجب أن يقال صالحتك على هـذا بهـذا أو تصالحنا على هـذا و بهذا نعم فى صـلح الـدّين و نحوه يصـحّ تعـديته بعن فيقـال صالحتـك عمـا علم بما علم لكونه بمعنى التّجاوز بل فى صـلح حق الـدعوى تعديته بعن أولى

ثم إن مما ذكر فى معنى الهبه علم أنّه لا يصـحّ أن يقال وهبتك هـذا بهـذا حتّى فى الهبه المعوضه لأنّ التمليك بالعوض إمّا بيع أو إجاره فقوله فى تمليك الأعيان وهبتك هـذا بهـذا و فى تمليك المنافع أيضا كـذلك إمّا بيع فاسـد و إجاره فاسـد لو لم نقل بكفـايه كـل لفـظ لإنشـاء عنوانهمـا به أو صـحيحتان لو قلنـا بهـا لأنّ فى حقيقه الهبه اعتبرت المجانيّه فإنّها عباره عن تمليك مال منجّزا من غير عوض

و العوض فى الهبه المعوّضه ليس فى مقابـل المال الموهوب سواء اشترط التعويض أو لم يشترطه و لكن المتّهب عوّض عنها فإنّ فى الأوّل أيضا ليس العوض مقابلا للمال الموهوب بل إنّما اشترط فى التّمليك المجّانى أن يملّكه شيئا مجانا

[معنى البيع]

اشاره

قوله قدس سره البيع و هو فى الأصل كما عن المصباح مبادله مال بمال

لا يخفى أنّ تعريفات القوم كلّها تقريبيه لا سيما فى البسائط فإنّها ليست مركبه من جنس و فصل و التّعريف الحقيقى بحيث يكون جامعا و مانعا على فرض إمكانه إنّما يصحّ فى المركبات

و على أىّ حال هذا التعريف و تعريفه بأنّه تمليك العين بالعوض لا يرجع إلى معنى واحد فإنّ ظاهر التّعريف الأوّل أنّ المعامله تقع بين المملوكين و التعريف الثّانى أنّ المقابله تقع بين السّلطنتين و لا إشكال أنّ فى مقام الخارج و ما هو المتعارف بين النّاس و من أعظم ما يتوقف عليه عيش بنى آدم و هو تبديل الأموال لا تبديل الملكيّه الّتى هى عباره عن السّلطنه على المال فإنّ النّاس مسلّطون على أموالهم و ليس لهم السّلطنه على سلطنتهم و سيجى ء فى محلّه أن جواز الإعراض عن الملك و نفوذه و

ليس من جهه شمول الناس مسلطون على أموالهم له فإن الإعراض إذهاب موضوع السلطنه و ليس مندرجا فى عموم السلطنه

و بالجمله قد أشرنا فى أول المكاسب المحرمه أن باب المعاوضات مقابل لباب الإرث فإن فى الإرث يتبدل المالكان دون المملوكين و باب المعاوضات بعكس ذلك فيتبدل بها المملوكان

و حاصله أن فى عالم الاعتبار كل من صاحب الطعام و صاحب الدراهم واجد لإضافه و أحد طرفى الإضافه قائم بالمالك و طرفها الآخر بالمملوك و التبديل عباره عن حل الإضافه القائمه بالطعام و جعلها قائمه بالدراهم و هذا الحل من آثار واجديه الإضافه لا- أن الإضافه بتمامها تتبدل بإضافه أخرى فإن الإضافه عباره عن السلطنه على المال و إذا كان التبديل واقعا بين السلطنتين فيتوقف صحته على أن يكون ذو السلطنه له السلطنه على السلطنه و هكذا و على هذا فالحق أن البيع هو مبادله مال بمال أو تبديل مال بمال و ليس عباره عن تمليك العين بعوض إلا أن يكون المقصود من هذه العباره التعريف باللازم فإن لازم تبديل العين تحقق الملكيه للمشترى

و حاصل الكلام أن الملكيه عباره من إضافه حاصله بين المالك و المملوك و هى عباره أخرى عن الجده غايه الأمر أن الجده الحقيقيه و الواجديه الواقعيه هى مخصوصه بمن له ملك السماوات و الأرض فإنه هو الذى يقدر على الإيجاد و الإعدام فهو الواجد الحقيقى و التعبير عن هذه الجده بالإضافه الإشراقيه يرجع إلى هذا المعنى

و كيف كان لا شبهه أن من أعلى مراتب الجده هذه الواجديه و نظيره فى المخلوقات واجديه النفس للصور العلميه فإنها توجد بنفس إنشاء النفس لها و تنعدم فى هذا الصقع بنفس إعدامها فإحاطتنا بمنشئات أنفسنا نظير ملكيه اللّه سبحانه و قدرته و علمه

و أما الملكيه الاصطلاحيه التى هى من إحدى المقولات فهى أضعف رتبه و أنزل درجه من الجده الحقيقيه و أما الجده الاعتباريه فهى أضعف من المرتبتين السابقتين و لكن لها نحو تحقق فى عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و بها يتبدل الأموال و أما هى بنفسها فليست قابله للتبديل ابتداء لأنه ليس للمالك ملكيه على الملكيه من غير فرق بين باب البيع و غيره حتى فى مثل الهبه المجانيه فإن الواهب لا- يملك المتهب ابتداء بل يعطيه المال فإذا أعطاه إياه ينخلع عنه الإضافه و يلبسها الآخر فهو يصير واجدا

و لا- مانع عن تعريف البيع بأنه تمليك عين بعوض و عن الهبه بأنها تمليك مجانى إذا كان المقصود منه تبديل المال أو إعطاءه فإن مقصودنا أن ما هو الواقع خارجا و الثابت فى عالم الاعتبار هو أن صاحب المال له إضافه و جده كان المالك فى شرق العالم و المملوك فى غربه أو كان تحت يده و بلحاظ مالكيته لهذه الإضافه مسلط على تبديل ماله و هكذا لو كان ذا حق أيضا فله إسقاط حقه أو تبديله بأمر آخر من جهه سلطنته عليه لا تبديل نفس السلطنه

فعلى هذا بين تعريف المصباح بأن البيع مبادله مال بمال و سائر التعاريف تفاوت معنوى و لكن جميع هذه التعاريف ليس مطردا و منعكسا سيما تعريف المصباح فإن شأن اللغويين هو التسامح فى بيان حقيقه معنى الشى ء فالإشكال عليه بأن البيع تبديل لا مبادله و أن المبادله تصدق فى غير البيع أيضا إنما يتوجه لو كان بصدد بيان حد الشى ء و بعد ما عرفت من أن هذه التعاريف

تقريبيه فلا يرد عليها إشكال نعم من كان بصدد بيان حقيقه البيع فينبغى تعريفه بما يكون جامعا و مانعا و لا يهمنا ذكر تعاريف القوم

و ما يرد عليها و لعله سيجى ء إجماله بعد ذلك

إنّما المهم بيان أمور ينبغى التّنبيه عليها

الأوّل أنّ مقتضى ما ذكرنا فى حقيقه المعاوضه أنّ البيع و نحوه من مقوله المعنى

لا بمعنى أنّه من الكلام النّفسى الّذى توهّمه بعض المحشين تبعا لأستاده المحقّق بل بمعنى أن المنشأ باللّفظ هو البيع لا قول بعت و لا المجموع المركّب من بعت و اشتريت الّذى يسمّى عقدا

و بعباره أخرى البيع هو تبديل العين بالمال أو تمليكها به غايه الأمر تحقّق هذا المعنى خارجا موقوف على قبول المشترى و إن شئت قلت البيع هو التّمليک المتعقّب بالقبول و لكن الظّاهر أنّ عنوان التعقّب ليس جزءا من مدلول البيع بل البيع هو نفس التّمليک بالعوض فى ظرف حصول القبول فكون البيع هذا المعنى لا ينافى مع تبادر البيع المؤثّر و هو المتعقّب بالقبول من قوله باع فلان داره فإنّ الظّاهر من هذا الكلام وقوع عقد البيع و لا شبهه أنّ عقد البيع مركّب من الإيجاب و القبول و لكن الّذى هو من فعل البائع هو الإيجاب لا المركب فإنّ القبول من فعل المشترى

و بالجمله البيع هو فعل البائع لا ـ المركّب من فعله و فعل المشترى و فعله لا ينفكّ عن تحقّق اسم المصدر منه و إن لم يترتّب عليه الأثر خارجا فهو مثل الكسر الّذى لا ينفكّ عنه الانكسار و إن كان من جهه ترتّب الأثر مثل الإيجاب الّذى لا يكون منشأ للآثار إلّا إذا صدر ممّن له الأهليّه له و الذى يدلّ على أنّ البيع من فعل البائع أنّه لو وقع شرطا فى ضمن العقد أو نذره فمرجعه إلى إقدامه على البيع و جعل المبيع معرضا له لا إيجاد ما هو منشأ للآثار و إلّا يكون شرطا و نذرا غير مقدور ففرق بين أن يكون المجموع من الفعلين أو الفعل المتعقب بالقبول بيعا و أن يكون البيع هو فعل البائع فى ظرف حصول القبول من المشترى

و بالجمله البيع أمر بسيط قائم بفعل شخصين بحيث لو لم يتحقّق القبول لا يحصل هذا المعنى و لكن لا يدخل ما هو من فعل المشترى فى فعل البائع لا بوجوده الخارجي و لا بعنوانه الانتزاعى بل فعل البائع إيجاب له و فعل المشترى قبول له فحيث إنّه قائم بشخصين لا يمكن أن يقال البيع يحصل بإيجاب البائع سواء حصل القبول أم لا

و على أىّ حال إطلاق البيع على العقد المركّب من الإيجاب و القبول مبنىّ على عنايه و رعايه علاقه غير خاليه من الاعتساف فإن علاقه السّببيّه و المسبّبيّه حاصله بين العقد و ما يحصل من الإيجاب و القبول و من الإيجاب المتعقّب بالقبول و إلّا ليس العقد سببا لما يحصل من فعل البائع فإنّ التّمليک منه يحصل بنفس إنشائه و إن لم يكن منشأ للأثر إلّا إذا تعقّبه القبول

ثم إنّ جمله من الأعلام على ما فى الجواهر و المتن عرفوا البيع بالأثر الحاصل من الإيجاب و القبول فقالوا بأنّه انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضى فعلى هذا يستفاد من مجموع الكلمات إطلاق البيع على معان ثلاثه

الأوّل ما هو الحاصل من فعل البائع و عبّروا عن هذا المعنى بتعبيرات مختلفه فمنهم من عرفه بأنّه مبادله مال بمال و منهم بأنّه نقل

عين بعوض و منهم بـأنه تمليـك عين بعوض و منهم من عرفه بـأنّه نقل العين بالصّـيغه المخصوصه إلى غير ذلك ممّا يرجع إلى هذا المعنى

الثـانى هو الحاصـل من فعـل الموجب و القابـل كما فى تعريف المبسوط و من تبعه فعرفوه بأنّه انتقال عين من شـخص إلى غيره بعوض

الثّالث هو العقد المشـتمل على الإيجاب و القبول كما فى الوسيله و المختلف و هذا الإطلاق هو المتعارف عن الفقهاء فى أبواب العقود فقولهم كتاب البيع و نحوه المقصود منه هو العقد

الأمر الثانى قد اشتهر بين الفقهاء

أنّ باب ألفاظ العقود و ما ينشأ بها باب الأسباب و المسبّبات فيريدون أنّ مثل بعت و اشتريت سبب لحصول النّقل و الانتقال

ثم إنّ من الشّهيدين قدس سرّهما يظهر أنّ عقد البيع و غيره حقيقه فى الصّحيح و مجاز فى الفاسد فعلى هذا يتولّد هنا إشكالان الأول أنّ كون العقد حقيقه فى الصّحيح معناه أنّ الشّارع وضعه للصّحيح مع أنّ المعاملات بأجمعها إمضائيّه الثانى عدم صحّه التمسّک الإطلاق عند الشکّ فى الصّحه و الفساد كما لا يصحّ التمسّک به فى العبادات نعم لو قلنا كما قيل بأن الإمضاء الشّرعى ورد على الأسباب فلا إشكال و أما بناء على ورود الإمضاء على المسببات كما هو الظاهر من قوله عزّ من قائل وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ فالتمسّک به مشكل لأنه لا ملازمه بين إمضاء المسبّب و إمضاء السبب فلو شکّ فى صحّه العقد الفارسى فكيف يمكن القول بصحّته من جهه إطلاق قوله أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ

و قد أجيب عن الأوّل بأن معنى وضعه لصحيح أنّ الشّارع أمضى المعاملات العرفيه و العرف يسمّى ما هو المؤثر لأثر كذا بيعا لا غيره فيصير البيع شرعا هو البيع عرفا أى المؤثر للنّقل غايه الأمر قد يقع اختلاف بين الشّرع و العرف فى المصداق كالبيع الربوى مثلا فإنّ الشّارع يخطئ العرف فى تخيّلهم بأنّه أيضا مؤثر فى النّقل و

بتعبير آخر قد يسقط الشارع فردا عن الفرديّه حيث إنّه ممن ينفذ اعتباره و الأمر الاعتبارى إسقاطه التّشريعى هو إسقاطه التّكوينى و بتعبير المصنف قد يكون الاختلاف بين النّظرين فإن ما هو بنظر العرف بيع ليس بنظر الشّارع بيعا لا أنّ معنى البيع عند العرف و الشّرع يختلف

و بالجمله البيع عند الشرع و العرف واحد مفهوما و إن اختلف بينهما فى بعض المصاديق فعلى هذا يصحّ دعوى كون العقد موضوعا للصّحيح مع كونه إمضائيا و أجيب عن الثّانى بأن ألفاظ المعاملات و إن كانت موضوعه للصّحيح إلّا أنّ إطلاقها لو كان مسوقا فى مقام البيان ينزل على أن المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند العرف لأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه فى الخطابات الشّرعيّه على ما هو الصّحيح المؤثّر عند العرف

و لا يخفى ما فى هذا الجواب لأنّه بعد ما عرفت بأنّ الخطابات الشرعيّه وارده فى مقام إمضاء المسبّبات و فرضنا أنّه لم يدلّ دليل على صحّه العقد الفارسى و لا صحه الفصل بين الإيجاب و القبول فعند العرف هذا العقد صحيحا لا أثر له و لا اتّحاد بين المسبّب و السّبب لا حقيقه و لا عرفا حتى يقال إمضاء المسبّب إمضاء للسبب كما لا يخفى

فتنزيل ما هو المؤثر عند الشّارع على ما هو المؤثّر عند العرف لو كان إطلاق الخطابات الشرعيّه مسوقا فى مقام البيان إنّما يصحّ لو كان الشکّ راجعا إلى المفهوم العرفى الّذى أمضاه الشارع لا ما إذا كان الشکّ راجعا إلى المصداق فإنّ نظر العرف فى تطبيق المفاهيم على المصاديق غير متّبع فلو فرضنا أنّ العرف يرى مفهوم البيع هو المؤثّر فى النّقل فتطبيقهم هذا المعنى على العقد الفارسى لا عبره به إلّا إذا رجع إلى توسعه فى المفهوم

و بالجمله إذا فرضنا أنّ البيع موضوع لما هو المؤثر فى النّقل حقيقه و أنّ الشّارع أمضى هذا المعنى فتخيّل العرف بأنّ العقد الفارسى مؤثر فى النّقل لا أثر له

و لا يقال إنّ الشّارع إذا أمضى الأثر الحاصل ممّا هو المؤثر واقعا فلا محاله لا ينفكّ عن إمضاء المؤثر و لو فى الجمله و المفروض أنّ العرف يرون جميع هذه العقود مؤثرا فلو لم يكن هذه مؤثرا عند الشّارع لوجب عليه التّنبيه فقوله عزّ من قائل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ مع

بناء العرف على أنّ العقد الفارسى بيع و عدمه تخطئه الشارع لهم يقتضى أن يكون هذا سببا أيضا عند الشّارع لأنا نقول مقتضى كون البيع موضوعا للصّحيح أن يكون كلّ ما هو سبب له معنونا بعنوان ما يترتّب عليه المسبّب بحيث لو تعلّق الوضع أو التكليف به لكان تحصيله لازما

و بعباره أخرى لو لا حكم العقل بأنّ فى مورد الشكّ فى المحصّل يجب الاحتياط لكان مقتضى جعل المسبّب و عدم التّنبيه على سبب خاصّ هو أنّ كل ما يعدّه العرف سببا كان سببا عند الشّارع و أمّا بعد معلوميّه أسباب متيقّنه عند العرف و الخارج ففى مورد الشكّ يجب الاحتياط و التمسّک بالإطلاق يتمّ لو كان الشكّ فى أمر زائد على المسمّى

و بالجمله غير خفى على النّاقد أنّه لو كان باب العقود و ما ينشأ بها من باب الأسباب و المسببات لكان الأدلّه الوارده فى إمضاء المسبّبات غير كافيه لرفع الشك فى تحقّقها من الأسباب المشكوكه سببيّتها و اتّحاد السبب و المسبّب ليس بحد يكون أحدهما عين الآخر و لا ملازمه بين إمضاء المسبّب و إمضاء مشكوک السببيّه و لا أثر لعدّ العرف مشكوک السببيه سببا

و حاصل الكلام أنّ التمسّک بالإطلاق يصحّ فى مقامين الأوّل ما إذا كان مصداق داخلا تحت الطبيعى يقينا و شکّ فى اعتبار قيد زائد فيه كالشکّ فى اعتبار الإيمان فى الرقبه مع العلم بانطباق المفهوم على الكافره و أمّا إذا لم يكن شى ء تحت هذا العنوان فعد العرف من باب المسامحه شيئا من أفراد هذه الطّبيعه لا يفيد فى صحّه التمسک بالإطلاق فإذا كان موضوع الحكم ثمانيه فراسخ فمسامحه العرف و عد ثمانيه إلّا ربع الفرسخ ثمانيه فراسخ لا أثر لها و الثّانى ما إذا كان ثبوت الحكم لعنوان ملازما لثبوته لأمر آخر كما إذا قلنا بأن قوله عزّ من قائل كلوا ممّا أمسكن فى مقام بيان حلّ أكل ما اصطاده الكلب المعلّم فعلا فلازمه طهاره موضع عضّه و لا يبعد أن يكون نظر المصنف قدس سره و من تبعه فى التمسّک بمطلقات أبواب المسبّبات لصحّه ما شکّ فى كونه سببا راجعا إلى الوجه الثّانى بل هو المتعيّن فإنّ قوله قدس سره فلأنّ الخطابات الشّرعيه لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع على ما هو الصّحيح المؤثر عند العرف ظاهر فى أن إمضاء المسبّب إمضاء للسبب لا- أنّ المصداق المسامحى العرفى مندرج تحت الإطلاق

و على أى حال فلو كان مبنى التمسّک بالإطلاق هو الوجه الأوّل فهو مما لا كبرى له لأن تطبيق العرف لا أثر له إلّا إذا رجع إلى المفهوم و لو كان هو الثانى فالصّغرى ممنوعه لأنّه لا ملازمه بينهما مع التّباين بينهما خارجا نعم إمضاء السّبب إمضاء للمسبّب و لكن العكس لا يبتنى على أساس إلّا إذا عدّا واحدا خارجا فتأمل جيدا

فالصّواب فى الجواب هو أنّ المنشئات بالعقود ليست من باب المسبّبات بل هى أفعال من الموجب و القابل و ذلک لأنّ المسبب إمّا يكون أمرا مترتبا على فعل إعدادى من شخص بحيث لا يكون بين هذا الفعل و الأثر المترتّب عليه فعل فاعل مختار و إن كان بين الفعل و هذا الأثر وسائط كثيره كالوقوع فى البئر المترتب على حفر الحافر فى الطّريق العام فإنّ وقوع الأعمى فيه مستند إلى الحافر و إن لم يوجد إلّا فعلا إعداديّا

و إمّا يكون فعلا توليديا من إيجاد الفاعل الجزء الأخير من العلّه التّامّه كالإحراق المترتب على الإلقاء فى النّار و الملكيه المترتّبه

على الحيـازه و لا خفاء فى أنّ المنشأ بالعقـد لا يكون من كلا القسـمين بل هو من قبيل الإيلام الحاصل بالضّـرب و عنوان ثانوى لفعل الفاعل و الفاعل ابتداء يوجد هذا العنوان و يتعلّق إرادته به أوّلا لكونه تحت قدرته بلا واسطه

فإن المتكلّم ابتداء يوجد المعنى و اللّفظ ليس بمنزله السّبب و المعنى بمنزله المسبّب بل حال المنشأ بالعقد حال الكتابه الّتى هى ابتداء فعل الكاتب و حال النّجاره الّتى هى فعل النّجار و كما أن خلق الصّور الذهنيّه فعل من النّفس كذلك كتابتها و تكلّمها و تجارتها و نجارتها أفعال منها غايه الفرق أنّ خلق الصور لا يحتاج إلى آله و التكلّم يحتاج إلى تحريك اللسان و الكتابه إلى القلم و النّجاره إلى القدوم فإذا كان تلفّظه بهذه الألفاظ فعلا له فالأثر الحاصل منها فعل له أيضا بلا واسطه لأنّ فى جميع المصادر اسم المصدر الحاصل منه لا يباينه إلّا اعتبارا فهو هو وجودا و إن اختلفا اعتبارا فأثر الفعل لو انتسب إلى الفاعل يسمّى تأثيرا و مصدرا و لو انتسب إلى المفعول يسمّى اسم المصدر و تأثرا

و بعباره أخرى لا تفاوت بين الإيجاد و الوجود فلو قلنا بتعلّق الإمضاء بنفس الإيجاد كما هو المتعيّن فى نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّ الإمضاء تعلّق بالعقد الّذى هو آله إيجاد عنوان المعامله و هو الظاهر من أحلّ اللّه البيع لو كان المراد من الحليّه الحليّه التكليفيّه الراجعه إلى الأفعال فلا إشكال فيه فإنّه لو تعلّق الإمضاء بنفس هذه الإيجاديات الواقعه من أهل العرف فيقتضى صحّه جميع ما يوجده العرف بحيث لو ردع عن إيجاد خاصّ فهو تخصيص و خارج عن الإيجاديات حكما و إن دخل فيها موضوعا

و لو تعلّق الإمضاء بالأثر الحاصل من الأفعال كما يمكن أن يكون هو المراد من أحلّ اللّه البيع بناء على ظهوره فى الحليّه الوضعيّه فكذلك أيضا لاتّحاد الأثر مع التّأثير فإمضاء الأثر إمضاء للمصدر الحاصل منه هذا الأثر لعدم الفرق بينهما خارجا

و بالجمله فرق بين السّبب و المسبب و بين المصدر و اسم المصدر فإنّ السّبب و المسبّب إذا تعلّق الجعل بالمسبّب ابتداء أو إمضاء فلا يكفى جعله كذلك لجعل السّبب و هذا بخلاف إمضاء اسم المصدر فإنّ إمضاءه ملازمه لإمضاء المصدر بل هو عينه على وجه فتدبّر جيدا

الأمر الثالث لا إشكال و لا خلاف فى اعتبار كون المبيع عينا

فلا يعم المنافع و لا يبعد أن يكون منشأ الاتفاق انصراف الأدلّه إلى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوّض فى البيع عينا و لا أقلّ من الشكّ فى شمول المطلقات لغير العين و ادعى التّبادر و صحّه سلب البيع عن تمليك المنفعه بعوض

و كيف كان لا خلاف فى ذلك و عليه استقر اصطلاح الفقهاء و إطلاق البيع فى نقل غيرها فى عدّه من الأخبار كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمه المدبّر و بيع سكنى الدّار و بيع الأراضى الخراجيّه الّتى لا يجوز فيها إلّا نقل منافعها مبنى على رعايه علاقه كما أن الإجاره التى جعلت شرعا بل عرفا لنقل المنافع قد تستعمل لنقل الأعيان بل فى عصرنا هذا يطلق الضّمان و يراد منه الإجاره و هو مبنى على المسامحه فإنّ الضّمان يمكن أن يطلق على مطلق تعهد الشى ء أو كونه فى عهدته و لو من دون تعهد عقدى

ثم إن المراد من العين فى المقام ليس خصوص العين الخارجيّه المملوكه فعلا بل المراد منها ما يقابل المنفعه و الحقّ فتشمل العين الشّخصيه و الكلّى المشاع كثلث الدّار و الكلى فى المعيّن كصاع من هذه الصبره و الكلّى فى الذمه كمن من الحنطه سلما

أو حالا ـ و الكلّى المستقر فى الذمّه كالدّين سواء باعه على غير من هو فى ذمّته أو باعه عليه لأنّ ذلك كله من الأعيان و لا إشكال فى شى ء من ذلك إلّا فى بيع الكلّى فإنّه قد يتوهّم أنّ المبيع يجب أن يكون مالا للبائع قبل البيع

حتى ينتقل منه إلى المشترى ففى غير هذه الصّوره المبيع ملك للبائع فعلا فيصحّ نقله بالبيع إلى المشترى و هذا بخلاف هذه الصّوره

بل قد يستشكل فى بيع الدّين أيضا بأن الدّين ليس ملكا لأنه معدوم و الملك من الأعراض يتوقّف وجوده على محلّ موجود و لكنّه لا يخفى عدم ورود هذين الإشكالين أمّا إشكال عدم وجود المعروض فى باب الدّين و السّلم فلما عرفت أنّ الملكيه من الجده الاعتباريّه فلا تحتاج إلى معروض خارجى و لم يدل دليل على اعتبار الملكيّه فى المبيع

و أمّا إشكال اعتبار الماليّه للبائع ففيه أنّ الماليّه معتبره فى المبيع و أمّا كون المبيع قبل البيع مالا للبائع فلا دليل عليه و لا شبهه أنّ منّا من الحنطه مال عرفا و يبذل بإزائه المال و إن لم يكن ملكا فإنّ بينهما بحسب المورد عموما من وجه فإنّ المباحات الأصليّه و منّا من الحنطه بعنوان الكلّى مال و إن لم يكن ملكا و حبّه من الحنطه ملك و إن لم تكن مالا- و ليس البيع إلّا تبديل المال بالعوض لا الملك

و بالجمله و إن لم يكن فى ذمّه البائع شى ء و بنفس العقد يستقر مال على عهدته إلّا أنّ هذا كاف لتحقّق المعاوضه و تبديل طرف الإضافه الاعتباريّه فإنّ العقلاء يعتبرون ماليه هذا المال و عمل الحرّ إذا صار عوضا يدخل فى الأموال بهذا المعنى فلا يستشكل بأنّ الحرّ ليس مالكا على نفسه و ليس له على ذمّه نفسه مال و ذلك لكفايه هذا المعنى و هو جعله عوضا عرفا و كونه مالا اعتبارا فى جعله عوضا عن المبيع شرعا

نعم بين عمل الحرّ و العبد فرق من غير هذه الجهه كما إذا حبس العبد فإنّه يضمن منفعته دون ما إذا حبس الحر فإنّه لا يضمن إلّا إذا كان أجيرا و غير ذلك ممّا هو مذكور فى محلّه هذا مع أنّه لو لم يكن عمله قابلا لصحه جعله عوضا لما صحّ إجاره الحر نفسه فإنّ الإجاره لا بدّ و إن تتعلّق بالمال

و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى صحّه بيع الكلى سلما أو حالا و جعل عمل الحر عوضا لا من باب أنه شبهه فى مقابل البداهه بل لعدم كونه شبهه أصلا فإنّ قوله ع لا- بيع إلّا فى ملك و نحوه ليس المقصود منه أنّه يعتبر أن يكون المبيع مملوكا قبل البيع بل المراد منه أنّه لا يجوز بيع مال الغير أو لا يجوز بيع ما لا يقبل التملّك كالخمر و نحوه

إن قلت مقتضى ما ذكر فى تعريف البيع من أنّه تبديل طرف الإضافه بمثله أن يكون كلّ من المضاف إليهما موجودا فعلا حتّى يتبدّل أحدهما بالآخر و المن من الحنطه الّتى يبيعها البائع حين البيع ليس مالا- للبائع و بعده مال للمشترى قلت كما أنّ نفس الإضافه ليس إلّا اعتباريا فكذلك المضاف إليه و التبديل يقع بين الحنطه و الثّمن فالحنطه التى هى مال عرفا و تقابل بالمال تنتقل إلى المشترى و الثمن إلى البائع

و بالجمله المنّ من الحنطه مال يبذل بإزائه مال فيجعله البائع معوّضا و يملكه المشترى بإزاء الثمن و لم يقم برهان على لزوم كون الحنطه ملكا للبائع أو مالا له قبل البيع فلا إشكال فى ذلك رأسا

و لا يقال لو كان عمل الحر من الأموال لكان حابسه ضامنا كما أفاده العلّامه فى حبس الدّار و العبد و لم يفرق قدس سره بين استيفاء المنفعه أو فواتها تحت اليد و لزم كونه مستطيعا إذا كان قادرا على عمل يكون عوضه ممّا يتحقّق به الاستطاعه و لزم حجره عن عمله كحجره عن ماله لأنّا نقول الضّمان فى مسأله الدار و العبد إنّما هو من جهه أن منفعتهما يكون تابعا للاستيلاء عليهما و أمّا الحر فلا يدخل تحت استيلاء غيره حتّى يستولى على منفعته تبعا

و بالجمله المدار فى الضّمان هو دخول المضمون به تحت اليد فمجرد كون

منافع العبد مالا لا يوجب الضّمان بل لكونها تحت الاستيلاء و أمّا مسأله الاستطاعه فالمدار فيها هو الماليّه الفعليه لا القوّه و لذا لا نقول باستطاعه من عنده أملاک لو آجرها من غيره سنين عديده لاستطاع فالمدار فى الاستطاعه هو الواجديه الفعليّه نعم الاستطاعه الشّأنيّه موجبه لعدم استحقاقه الزكاه و إن قيل فى هذا الباب أيضا إنّه لو لم يشتغل الصّانع بصنعته يجوز إعطاؤه الزكاه و أمّا مسأله الحجر فالظاهر عدم التزام الأصحاب بحجر الشخص عن منافع أمواله و لا يؤاجرون أراضى المفلس فيدخلون منافعها فيما يتعلّق به حقّ الغرماء

و كيف كان لا يعتبر فى المعامله إلّا انتقال أحد المالين بدلا عما ينتقل إلى الآخر أى لا يعتبر التبادل فى مقام الخروج بل يكفى التّبادل فى مقام الدّخول فيصحّ بيع الكلّى بالكلّى كما يصحّ فى الشّخصيين هذا كله حال المعوّض و أمّا العوض فيصحّ كونه عينا و منفعه و ما يقال إنّ البيع لنقل الأعيان فالمقصود هو المبيع فإنّ هذا الكلام فى مقابل الإجاره الّتى هى النقل المنافع

ثم إنّ العين الّتى تجعل عوضا لا فرق بين كونها شخصيّا أو كليّا بجميع أقسامه كما أنّ المنفعه التى تجعل عوضا للمبيع لا فرق بين كونها منفعه الأموال أو عمل الحرّ و لا إشكال فى ذلک كلّه إنّما الكلام فى أنّه هل يصحّ جعل الحقوق عوضا أو يعتبر أن يكون العوض عينا أو منفعه

و تحقيق الأمر مع توضيح عباره الكتاب فى ضمن أمور الأوّل أنّ قول المصنف و أمّا الحقوق الآخر فالتقييد بالآخر لو كان موجودا فى نسخه الأصل إنّما هو لإخراج العين و المنفعه فإنّ الحق يطلق على عنوان عام يشمل كلّ ما وضعه الشّارع و جعله فالحكم و العين و المنفعه و الحقّ بالمعنى الأخص داخل تحت هذا العنوان فإن الحق معناه اللّغوى هو الثبوت و حقّ الجار على الجار و الوالد على الولد و نحوهما من الأحكام عباره عن ثبوته و هكذا ملكيه العين أو المنفعه من الحقوق و الأمور الثّابته كحق الخيار و حقّ الشّفعه

و بعباره أخرى إطلاق الحقّ على العين و المنفعه إطلاق شائع كإطلاقه على الحكم نعم الحق بالمعنى الأخص مقابل لذلک كله فإنه عباره عن إضافه ضعيفه حاصله لذى الحقّ و أقواها إضافه مالكيه العين و أوسطها إضافه مالكيّه المنفعه و بتعبير آخر الحق سلطنه ضعيفه على المال و السّلطنه على المنفعه أقوى منها و الأقوى منهما السّلطنه على العين فالجامع بين الملک و الحقّ هو الإضافه الحاصله من جعل المالک الحقيقى لذى الإضافه المعبّر عنها بالواجديّه و كون زمام أمر الشى ء بيده من جعل له و كونه ذا سلطنه و قدره و هذه الإضافه لو كانت من حيث نفسها و من حيث متعلّقها تامّه بأن تكون قابله الأنحاء التقلبات فتسمّى ملكا

و لو كانت ضعيفه إمّا لقصور نفس الإضافه كحقّ المرتهن بالنّسبه إلى العين المرهونه و إمّا لقصور فى متعلّقه كحقّ التحجير و حقّ الخيار بناء على تعلّقه بالعقد الغير القابل لما عدا الفسخ و الإجاره و حقّ الاختصاص بالنسبه إلى الأشياء الغير المتموّله كالخمر القابل للتخليل فتسمّى حقا و على هذا فلو لم يكن المجعول الشّرعى مستتبعا للإضافه و السّلطنه فليس إلا حكما و تسميته بالحقّ إنّما هو بلحاظ معناه اللّغوى و أمّا الاصطلاحى فالفرق بينه و بين الحكم واضح جدّا فإنّ الحكم الشّرعى هو المجعول المتعلّق بعمل المكلّفين اقتضاء أو تخييرا و هو و إن اشترک مع الحقّ فى بعض الآثار كجواز رجوع الواهب عن الهبه و جواز فسخ ذى الخيار إلّا أنّهما متباينان سنخا فإنّ الجواز فى الأوّل حكم شرعىّ بخلاف الثّانى فإنّه ملک و إضافه

و بالجمله الجواز فى الهبه كاللّزوم

فی النکاح من الأحکام الشرعیّه و هذا بخلاف الجواز فی البیع الخیاری و اللّزوم فی البیع الغیر الخیاری فإنّما من الحقوق و سیجی ء إن شاء اللّه فی المعاطاه و فی أحکام الخیار ما یوضح الفرق بین البابین

و کیف کان فإذا کان الحقّ عباره عن اعتبار خاصّ الّذی أثره السّلطنه الضّعیفه علی شی ء و مرتبه ضعیفه من الملک فهو بجمیع أقسامه و أنحائه قابل للإسقاط کما أفاده شیخنا السّعید الشّهید و جعل هذا هو الضابط التّام فی الفرق بین الحقّ و الحکم

فما أفاده السید قدس سره فی حاشیته علی المتن من تقسیم الحقوق أوّلا إلی ما یقبل الإسقاط و ما لا یقبل و جعل من الثانی حقّ الأبوه و حق الولایه للحاکم و حقّ الاستمتاع بالزوجه و حق السّبق فی الرمایه قبل تمام النضال و حقّ الوصایه لا وجه له فإنّ کون الشی ء حقا و غیر قابل للإسقاط لا یعقل و إطلاق الحقّ علی ما ذکره من الأمثله مثل إطلاق الحقّ علی سائر الأحکام کحقّ المؤمن علی المؤمن و حق الجار علی الجار فإنّ الأبوّه و الولایه و نحوهما من الأمثله لیس لعلاقه حاصله للأب و الحاکم إذ لم یجعل للولی إضافه أثرها السّلطنه علی المولی علیه أو علی ماله فلا یکون من مقوله الجده بل من الأحکام الشّرعیه کما هو قدس سره أیضا یحتمل هذا المعنی حیث قال و یمکن أن یقال إنّها أو جمله منها من الأحکام لا من الحقوق

و العجب أنّه قدس سره فی صدر المسأله یعرف الحقّ بأنّه نوع من السّلطنه و مرتبه ضعیفه من الملک بل نوع منه و صاحبه مالک لشی ء یکون أمره إلیه و مع هذا یقسّم الحقوق إلی ما یقبل الإسقاط و ما لا یقبل فإنه لو لم یقبل الإسقاط فکیف یکون له السّلطنه و کیف یکون زمام أمره بیده

و بالجمله قوام الحقّ بقابلیّته للإسقاط و هذا بخلاف الحکم فإنّه بعکس ذلک ثم إنّه لو شک فی شی ء أنه من الحق أو الحکم فلیس هنا أصل یعیّن کونه من أی منهما فالمرجع هو الأصول العملیّه و الأصل یقتضی عدم سقوطه لاستصحاب بقاء ما کان قبل الإسقاط

الثّانی بعد ما عرفت أنّ الحقّ بجمیع أقسامه قابل للإسقاط فیقع البحث عن قابلیته للنّقل أو الانتقال إلی الغیر أم لا فنقول منها ما لا یقبل لغیر الإسقاط کحق القذف و منها ما یقبل النقل إلی الغیر إمّا بلا عوض کحقّ القسم علی ما ذکره جماعه فإنّه قابل للنّقل إلی من هو مثله کالضره و لکن لا یجوز أخذ العوض علیه و إمّا مع العوض کحقّ التّحجیر ثم ما کان قابلا للنّقل إمّا یجوز نقله إلی کلّ أحد کحقّ التّحجیر أو لا یکون کذلک کحقّ القسم علی ما عرفت من أنّه لا یجوز نقله إلّا إلی الضرّه

ثم إن منها ما یکون قابلا للانتقال إلی الغیر و لا یکون قابلا للنّقل إذ لا تلازم بینهما فإنّ الخیار ینتقل إلی الوارث و لا یصحّ نقله إلی الغیر فإنّ المدار فی قابلیّته للنّقل علی عدم تقوّمه بشخص خاص و المدار فی انتقال الحقّ إلی الوارث علی دخوله تحت ما ترکه المیّت ثم إنّ کونه حقّ الخیار عباره عن السّلطنه علی إمضاء الحقّ و فسخه لا ینافی کونه قابلا للإسقاط و إن کانت نتیجه الإسقاط موافقه لإمضاء العقد الّذی هو أحد طرفی السّلطنه إلّا أنّ الإمضاء عباره عن إعمال الحقّ و الإسقاط عباره عن التّجاوز عن الحقّ

و بالجمله کل ما کان حقا فهو قابل للإسقاط و إن کان موافقا فی النّتیجه مع إعمال أحد طرفی السّلطنه

الثّالث أنّ كل حق كان قابلا للنّقل إلى الغير كحق القسم مثلا لا يقبل نقله إلى من عليه الحقّ لأنّ الحق لما كان نحوا من السّلطنه على من عليه الحقّ فلا يعقل نقله إلى نفس من عليه الحقّ سواء نقله مجّانا

أو بالعوض بالبيع و الصلح و غيرهما لأنّه لا يمكن أن يكون للإنسان سلطنه على نفسه بالنّحو الّذى كان لطرفه عليه هذا مع أنّ فى بعض الحقوق خصوصيّه تمنع من نقلها إلى من عليه الحقّ كحقّ الرهانه و الشّفعه و الخيار

فإنّ حقّ الرهانه عباره عن سلطنه للمرتهن بها يستوفى دينه من الرّاهن لأنّ نتيجه الرهانه جعل العين المرهونه مخرجا لدين المرتهن و هذا المعنى لا يمكن أن يستحقّه الرّاهن و كذلك حق الشّفعه سلطنه بها يقدر الشريك على أخذ الشّقص من المشترى بالقيمه الّتى دفعها إلى البائع و هذا المعنى لا يعقل أن يتقوّم بالمشترى و هكذا الخيار فإنّه لو كان للبائع فله سلطنه على فسخ العقد و استرجاع المبيع إلى ملكه و هذا المعنى لا يمكن أن يتسلّط عليه المشترى فإنّه لو كان ذا خيار يتسلّط على استرجاع الثّمن

و بالجمله لا يمكن نقل الحقّ إلى من هو عليه لأنّ الإنسان لا يمكن أن يتسلّط على نفسه فعلى هذا مراد المصنف قدّس سره من قوله و السّر أنّ الحقّ سلطنه فعليّه لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد أنّ من له الحقّ و من عليه الحق لا يمكن أن يكون واحدا و ليس مقصوده أنّ الحق دائما قائم بشخصين و إلّا لانتقض عليه بحق التّحجير فإنّه ليس هناك شخص كان الحقّ عليه و على هذا فمراده من قوله و لا ينتقض بيع الدّين على من هو عليه أيضا واضح

و حاصله أن امتناع نقل الحقّ إلى من هو عليه لعدم معقوليّه تسلّط الإنسان على نفسه لا يرد عليه النّقض ببيع الدين على من هو عليه فإنّه و إن استلزم تسلّط الإنسان على من هو عليه فإنّه و إن استلزم تسلّط الإنسان على ما فى ذمّته إلّا أنّه فرق بين الملك و الحقّ فإنّه يمكن أن يكون الإنسان مالكا لما فى ذمّته و لا يمكن أن يكون مسلّطان على نفسه و لكنه لا يخفى عدم قابليّه ما فى الذمّه لأن يكون مملوكا لمن هو عليه و عدم قابليّه نقل الغير إليه و لو آنا ما فصيروره الإنسان مالكا على نفسه آنا ما حتى يسقط عنه و يبرأ ذمته مستحيل أيضا

فالصواب أن يقال بيع الدّين على من هو عليه و إن كان صحيحا إلّا أنّ البيع لم يقع على ما فى الذمّه بقيد كونه فى الذمّه ليكون من قبيل مالكيه الشخص لما فى ذمته و ذلك لأنّه بهذا القيد لا يمكن تحقّقه فى الخارج و لا شبهه أنّه يعتبر فى المبيع أن يكون من الأعيان الخارجيّه بل يقع البيع على الكلّى و هو من من الحنطه مثلا فيصير المشترى أعنى المديون مالكا لذلك الكلّى على البائع و حيث إنّ البائع كان مالكا لمنّ من الحنطه على ذمّه المديون و هو المشترى فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشترى فيوجب سقوط ذمّه كليهما و هذا و إن لم يكن من التّهاتر حقيقه إلّا أنّه أشبه شى ء به

أو يقال إنّ المبيع هو الكلّى فى المعيّن و هو ما فى ذمّه المديون لا بقيد أن يكون فى الذمّه حتّى يرد عليه إشكال عدم الانطباق على ما فى الخارج و إشكال عدم معقوليّه مالكيّه الإنسان لما فى ذمّته بل بمعنى أنّ ظرفه الذمّه و بالبيع ممّن هو عليه يسقط ما فى ذمّته فتأمل

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى إمكان جعل الحقّ ثمنا فى المبيع فنقول قد ظهر أن بعض الحقوق يمكن نقله إلى الغير بالعوض و لكن بعد الفراغ من عدم إمكان جعل الحق مبيعا لما ظهر من اعتبار كونه من الأعيان فلا يصحّ جعله منفعه فضلا عن كونه حقا

فيقع البحث فى أنه هل ينحصر المعاوضه عليه بالصّلح و نحوه أو يمكن جعله ثمنا للمبيع وجهان بل قولان و الأقوى عدم قابليّه الحقّ لوقوعه ثمنا فى المبيع كعدم قابليّه وقوعه مثمنا سواء جعل نفس الإسقاط و السّقوط ثمنا أو جعل نفس الحق

أمّا الأوّل

فلأنّ الثمن لا بـد من دخوله فى ملك البائع و الإسقاط بما أنّه فعل من الأفعال و السّقوط بما أنّه اسم المصدر ليس كالخياطه و سائر أفعال الحرّ و العبـد ممّا يملكه البائع و يكون طرفا لإضافه ملكيّه البائع و يقوم مقام المبيع فى الملكيّه فإنّ هـذا المعنى معنى حرفى غير قابل لأن يتموّل إلّا باعتبار نفس الحقّ و سيجى ء ما فيه

و بـالجمله نفس الإسقاط بمـا أنّه فعـل و أثره بمـا أنّه اسم المصـدر لاـ يقبـل الـدّخول فى ملـك الغير بحيث يتحقّق بالنّسبه إليه الخروج عن ملك المشترى إلى ملك البائع و يكون البائع مالكا لهذا العمل و لا يقاس بشرط الإسقاط فى ضمن عقد لازم لأنّ فى باب الشّرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحقّ أو سقوطه و لا ملازمه بين قابليته للدّخول تحت الشرط و بين قابليّه وقوعه ثمنا لأنّ إسقاط الحقّ يصير بالشرط مملوكا للغير على صاحب الحقّ و لكنّه لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكا و يحل محلّ المبيع فى الملكيّه

و أمّا الثانى و هو جعل نفس الحقّ ثمنا بعـد فرض كونه قابلا للنّقل إلى الغير كحقّ التّحجير فلما عرفت أنّ فى باب البيع يعتبر أن يكون كلّ من الثمن و المثمن داخلا فى ملك مالك الآخر و لا شبهه أنّ الحق لا يكون قابلا لذلك فإنه مباين مع الملك سنخا و إن كان من أنحاء السلطنه بالمعنى الأعم و من المراتب الضّعيفه للملك و لكن كونه كـذلك غير كاف لوقوعه عوضا لأنه لا بد من حلول الثّمن محل المثمن فى الملكيّه فلا بدّ أن يكون كلّ منهما من سنخ الآخر

خاتمه قد ظهر إجمالا أنّ الفقهاء عرّفوا البيع بتعاريف مختلفه

فمنهم من عرّفه بـأنّه انتقـال عين من شخص إلى غيره بعوض مقـدّر على وجه التّراضـى و لا يخفى ما فيه فإنّ الانتقال أثر البيع و الشـراء لاـ أنّه هو البيع و منهم من عرّفه بالإيجـاب و القبول الـدالّين على الانتقال و فيه أيضا أنّ البيع هو المنشأ باللّفظ لا أنّه نفس اللّفـظ مع أنّ القبول الّـذى هو من فعـل المشترى ليس داخلاـ فى حقيقه البيع الّـذى هو من فعل البائع و عرّفه المحقق الثانى بنقل العين بالصّيغه المخصوصه

و أورد عليه المصـنف قـدّس سره أوّلا بأنّ النّقل ليس مرادفا للبيع و لـذا لا يقع بلفظ نقلت و ثانيا أنّ المعاطاه عند المحقّق الثّانى بيع مع عدم اشتمالها على الصّيغه و ثالثا أنه لو كان معنى البيع هو نقل العين بالصّيغه لزم أن تكون الصّيغه منشأ أيضا بالصّيغه كما ينشأ النّقل بصـيغه خاصّه لأنّ البيع من مقوله المعنى فلا بـدّ أن ينشأ بلفظ يكون آله لإنشائه فلو كان نفس الصـيغه أيضا جزءا من مدلول البيع فلا محيص إلّا عن إنشائها باللّفظ و لو لم تكن الصّيغه جزءا من مدلول البيع بل كان البيع هو نفس النّقل الّذى ينشأ بصـيغه خاصّه فالصّيغه الّتى تنشأ بها هذا القسم من النّقل ليس إلّا لفظ بعت فيلزم الدور لأنّه فى مقام تعريف البيع جعل من أجزاء الحـدّ لفظ بعت فكأنّه قال البيع هو نقل العين بلفظ بعت و لو قيل إنّ الصّيغه الّتى ينشأ بها هذا النّقل الخاص ليس خصوص بعت بل يمكن إنشاؤه بملّكت

فلاـ دور يجـاب عنه بـأنّه وجب الاقتصـار على مجرّد التّمليك و النّقل و لكنّه لا يخفى عليك أنه بعـد ما ظهر أن هـذه التّعاريف تقريبيّه لا يرد عليه هذه الإشكالات مع أنّ الإشكال الأوّل و الثّالث لا يردان عليه

أمّا الأوّل فلأنّ النّقل و إن لم يكن مرادفا للبيع إلّا أنّه ليس مباينا له بل هو أعمّ من البيع لشـموله النّقل المكانيّ دونه و عدم صحّه إنشـاء البيع بلفـظ نقلت لاـ يكشف عن تبـاين معناهما فإنّ عـدم إمكان إنشاء المعنى الخاص باللّفظ العام إنّما هو لأنّ المعنى أمر بسيط و ليس له جنس و فصل حتّى يمكن إنشاء جنسه أولا ثم فصله

و بعباره أخرى إنشاء الأمر البسيط لا يعقل تحقّقه تدريجا فلا يمكن إنشاء النّقل

الّذى هو بمنزله الجنس ثم إنشاء ما هو المميّز بين البيع و غيره بل لا- محيص عن إنشاء المعنى الخاص باللفظ الموضوع لهذا المعنى

ثم لا يخفى عليك ما فى حاشيه السيد قدس سره فى هذا المقام من توهم إمكان التّمليك بدون النّقل و لذا بنى على مغايرتهما و بالجمله حقيقه البيع هو الأمر الاعتبارى و تبديل المالين فى أحد طرفى الإضافتين

و أمّا الثالث فليس مقصود المحقّق إلّا بيان امتياز هذا النّقل عن النّقل المكانى و أن البيع ليس مجرّد تبديل المالين فى المكان بل التبديل فى عالم الاعتبار الّذى يتوقّف على إنشاء من بيده هذا الأمر الاعتبارى و ليس مقصوده أنّ النقل بالصيغه داخل فى مفهوم البيع حتّى يتوقف الصيغه على الإنشاء أيضا و إلّا لورد هذا الإشكال على المصنف أيضا فإنّه فى مقام التّعريف قال إنه إنشاء تمليك عين بمال فيرد عليه أنّ الإنشاء أيضا يتوقّف حصوله على الإنشاء و أمّا ما أفاده من أنّه لو كان مراده أنّ البيع نفس النّقل الّذى هو مدلول الصّيغه فجعله مدلول الصّيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النّقل لا أنّه مأخوذ فى مفهومه فيرد عليه إشكال الدّور فمندفع أوّلا بأنّه ليس فى مقام التعريف الحقيقى و ثانيا المراد من الصّيغه هو لفظ بعت فكأنّه قال البيع هو النّقل بلفظ بعت و لا يلزم العلم بمعنى بعت كما لا يخفى

و كيف كان فتعريف المصنف قدس سره بأنّه إنشاء تمليك عين بمال يرد عليه ما أورده على المحقّق الثّانى من أنّ الإنشاء مستدرك و لو كان غرضه التعريف بما يشمل البيع الفاسد أى تعريفه بأنّه التّمليك الإنشائى سواء تحقّق التّمليك أم لا ففيه ما عرفت من أنّ المقصود لو كان التعريف بالحدّ فلا وجه للتعريف بما لا يدخل فى حقيقه المعرف ثم إنّه ظهر ممّا تقدم أن حقيقه الصّلح و الهبه المعوضه غير حقيقه البيع و ليس المنشأ بهما تمليك العين بالمال نعم شبهه شمول هذا التّعريف للقرض متطرّقه و لكن دفعها واضح فإنّ القرض و إن كان مفيدا للتّمليك إلّا أنّ العوض فيه ليس عوض المسمّى بل العوض الواقعىّ فكأنه مركّب من تمليك و ضمان

و بالجمله الأولى فى تعريف البيع أن يقال هو تمليك العين بالعوض فى ظرف تملّك المشترى و أمّا تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال فيرد عليه أولا- ما أورد على المحقّق الثانى من أنّ الإنشاء أيضا لا بدّ من إنشائه و ثانيا يقتضى كون البيع إيقاعا و غير متوقّف على القبول و ثالثا يلزم أنّه لو أقرّ ببيع داره ثم قال قصدت الإيجاب وحده أن يسمع قوله

[الكلام فى المعاطاه]

اشاره

قوله قدس سره الكلام فى المعاطاه إلى آخره

لا- يخفى أنّه بعد الفراغ عن صحّه إنشاء عناوين العقود بالقول وقع البحث فى صحّه إنشائها بالفعل و حيث إنّ محلّ الأقوال و تنقيح البحث عنها يتوقّف على بيان ما يتصوّر من قصد كلّ واحد من المتعاطيين على طبق ما قصده الآخر فقدمه المصنف عليها

و نحن نتبعه على ما رتبه فنقول ينحصر قصدهما كذلك فى وجهين أحدهما أن يقصد كل منهما إباحه التصرف للآخر و ثانيهما أن يتعاطيا على وجه التّمليك

و أمّا وقوع الـدفع من غير قصد التّمليك و لا الإباحه و لا سائر العناوين الخاصّه فغير متصوّر لأنّ الإعطاء أو الأخذ من دون قصـد عنوان من العنـاوين لا يتصوّر إلّا من العابث و اللّاعب كما أنّ قصـد التّمليك المطلق مع العوض المسـمّى ليس إلّا قصـد البيع لما عرفت أنّ البيع عباره عن تبديل العين بالعوض

و أمّا الأقوال فعمـدتها أربعه فإنّ القول بأنّ الفعل حكمه حكم المقبوض بالعقـد الفاسد لا يترتب عليه الملكيّه و لا الإباحه إلّا إذا أباح التصرف من دون ابتناء على الفعل فشاذ الأوّل إفادته الملك اللّازم الثّانى إفادته

الملک الجائز الثّالث إفادته الإباحه المطلقه الرّابع إفادته إباحه التصرّفات الغیر المتوقّفه علی الملک

ثم إنّه وقع البحث فی أنّ مورد هـذه الأقوال هو ما إذا قصدا بالفعل التّملیک أو ما إذا قصدا به الإباحه أو بعضـها مبنیّ علی الأوّل و بعضـها مبنی علی الثانی ینسب إلی المشـهور إفاده التّعاطی الإباحه و لو قصـدا به التملیک و حیث إنّ هـذا المعنی مناف ظاهرا لما هو المسلّم عندهم من أنّ العقود تابعه للقصود و أنّ ما لم یقصد لا یقع حمل المحقّق الثّانی الإباحه فی کلامهم علی الملک الجائز فقال مقصودهم من أنّه لو قصد التّملیک یفید الإباحه أنّه یفید الملک الجائز

و حمـل صـاحب الجواهر مورد کلامهم فی إفادته الإباحه علی ما إذا قصـد الإباحه و تعجّب ممّن جعل محل الکلام ما إذا قصـد التّملیـک و لاـ یخفی بعـد هـذین التّوجهین أمّـا الأـوّل فلأـن حمل الإباحه علی الملک الجائز خلاف الظاهر مع أنّه لا یقبل هـذا الحمـل جمله من عبـارات الأسـاطین کعبـاره الخلاـف و نحوهـا فـإن نفی البیعیّه و إثبات الإباحه لا یلائم القول بأنّ المقصود من الإبـاحه هو الملک الجائز و أمّا الثانی فأبعـد وجها من الأوّل أمّا أوّلا فلأنّه لا یمکن أن یکون مورد قصـد الإباحه محلا للنزاع فی إفادته الإباحه أم لا بل إفاده الإباحه فی صوره قصدها من الأمور الواضحه و أمّا ثانیا فلأنّ بعض عباراتهم صریح فی أنّه إذا قصدا التّملیک یتحقق الإباحه کعباره الغنیه و السّرائر

و علی هذا فتوجیه السید قدس سره فی حاشیته علی المتن عباره الجواهر من أنّه قدس سره لا ینکر أن محلّ النّزاع هو مورد قصد التّملیک إلّا أنّه یقول إنّ مرادهم من قولهم إنّها تفیـد الإباحه أنّها تفیدها فی صوره قصدها فغیر مفید لأنّ ما هو محل النّزاع الّذی هو مورد قصد التملیک هو محلّ الأقوال الأربعه أو أزید

و بـالجمله اسـتبعاد هـذا المعنی و هو أنّه کیف یقع مـا لم یقصـد دعاهمـا إلی توجیه أحـدهما الإباحه بالملک المتزلزل و توجیه ثانیهمـا إفـاده التعاطی للإباحه بما إذا قصـداها بل قال الثّانی أنّ القول بالإباحه الخالیه عن الملک مع قصـد الملک ممّا لا ینسـب إلی أصاغر الطلبه فضلا عن أعاظم الأصحاب

و لکنّه لا یخفی أنّ الالتزام بإفاده التّعاطی الإباحه فی صوره قصد التّملیک لا استبعاد فیه و توجیه ذلک بوجوه الأوّل ما یظهر من بعض من أنّ الشّارع رتّب تعبـدا الإباحه علی الفعل الـذی أوجـد بقصـد التبـدیل فی طرفی الإضافتین و هـذا نظیر ما یقال من أنّ الشارع رتب علی النّکاح بقصد التمتع إذا نسیا ذکر الأجل النّکاح الدائمی الثّانی أن تحقّق التّملیک مشروط و بشرط متأخّر و هو تحقّق أحـد الملزمـات نظیر توقّفه فی بیع الصـرف علی القبض و إنّما یباح التصرف فی باب المعاطاه و لم یجز فی باب الصّـرف للسیره الّتی هی العمده فی الباب دون باب الصّرف و السّلم

و بعبـاره أخری هـذا القائـل یلتزم بحصول الملـک من جهه قصـد التّملیک و إیجاد ما هو مصـداق للبیع غایه الأمر مشـروطا بأمر متأخّر علی نحو صحیح فیئول إلی البیع و یجوز التصرف قبل حصول الملک لتضمّن التّملیک الإباحه أیضا أو للسیره

الثالث ما وجهه به شیخنا الأستاذ مد ظله علی نحو لا ینافی تبعیه العقود للقصود و توضیح ذلک یتوقّف علی بیان أمور

الأوّل أنّ عناوين الأفعال تاره تكون عنوانا أوّليا لها كعنوان الضـرب و القتل و القيام و القعود و أخرى تكون عنوانا ثانويّا توليـديا كانت أو لم تكن كالاحتراق المترتّب على الإلقاء فإنّه مسبّب توليدى و التألّم المترتّب على الضرب و التّعظيم أو الإهانه

المترتّب على القيام و القعود و التّمليک و التملک المترتّبين على التّعاطى و نحو ذلک من العناوين الثّانويه المترتّبه على الأفعال كالرّجوع فى الطّلاق الرجعى الحاصل بالوطى و كالإجازه فى العقد الفضولى و الفسخ أو الرد فى العقد الخيارى الحاصل بالتصرّفات الفعليّه

ثم العنوان الثّانوى تاره يترتّب على الفعل قهرا و أخرى مع القصد و على كلا التّقديرين تاره يكون من الأمور الخارجيّه و أخرى من الأمور الاعتباريّه ثمّ لا يخفى أنّ العنوان الثّانوى القصدى سواء كان تأصّليا أو اعتباريّا لا يترتّب على الفعل إلّا إذا قصد هذا العنوان الثّانوى

و أمّا إذا كان قهريّا فلا يعتبر قصده بل نفس قصد الفعل كاف لصدور هذا العنوان عن قصد و اختيار من الفاعل فإن من قصد الضرب و لو لم يقصد الإيلام يترتّب عليه قهرا و يصدر عنه اختيارا بل عمدا و لو قصد خلافه و سيجى ء إن شاء اللّه فى باب خيار الحيوان أنّ التصرّفات المالكيّه موجبه لتحقّق الإجازه و لو لم يقصد منها عنوان الإجازه و يشهد له قوله ع و ذلک رضى منه أى ذلک اختيار منه و تحقّق فى محلّه أنّ وطى الزّوجه المطلّقه الرجعيه يترتب عليه الرّجوع و إن قصد به الزّنا

الثانى أنّ العناوين المنشأه بالقول أو الفعل لا بدّ أن يكون القول أو الفعل فيها مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشّائع الصّناعى بحيث يحمل هذا العنوان عليه كحمل الطّبيعىّ على مصاديقه فإذا لم يكن الفعل مصداقا لعنوان خاصّ فلا يكاد يتحقّق هذا العنوان و لو قصد تحقّقه منه فلو ضرب الرجعيّه بالعصا لا يتحقّق الرّجوع و لو قصد بضربها الرّجوع فقصد عنوان من الفعل الّذى لا يكون مصداقا لهذا العنوان لا محاله يكون من الدّواعى لإيجاد الفعل فإنّ فعل الفاعل لو لم يترتّب عليه هذا الدّاعى لا بلا واسطه و لا مع الواسطه فلا يمكنه قصده من الفعل بل لا محاله يكون الفعل من العلل الإعداديّه لهذا الدّاعى بل لو أخطأ الفاعل و تخيّل ترتّبه على الفعل فلا يكون الفعل أيضا مصداقا لهذا الّذى تخيّل ترتّبه عليه بل يكون داعيا لا محاله و بالجمله الدّواعى هى الّتى توجب إيجاد الأفعال الّتى يترتّب عليها عنوان آخر و يكون هذا العنوان عله إعداديّه لتحقّق الدّاعى كالسّقى و الحرث و الزّرع لحصول الحنطه و نحوها

الثّالث أنّ تخلّف الدّواعى و غايات الأفعال لا يضرّ بتحقّق عناوينها و لو قصد من إصدار الفعل هذه الغايه و لا يخرج الفعل عن كونه قصديّا و إراديا لأنّه إذا فرضنا أنّ عنوانا قصديّا قصد من الفعل لأجل غايه و لم يترتّب عليه هذه الغايه كما إذا اشترى شيئا لأجل الضّيف و لم يجئ الضّيف فهذا العنوان القصدى كالتملّک يحصل من الشّراء و هكذا العنوان الثّانوى القهرىّ أيضا يترتّب على الفعل و لو لم يترتّب عليه غايته و ذلک واضح

إذا عرفت ذلک فيمكن أن يوجّه ما أفاده المشهور من أنّه و لو قصدا بالتّعاطى التّمليک لا يترتّب عليه إلّا الإباحه بأن الفعل حيث لم يكن بالحمل الشّائع الصناعى مصداقا للبيع فقصده و إيجاد ما هو غير مصداقه لا يفيد الملک و ذلک لأنّ البيع على ما عرفت هو التّبديل و حيث إن التّبديل ليس تبديلا خارجيّا بل تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله و هذا أمر اعتبارى من سنخ المعانى و ما هو موجده و آله إيجاده هو القول فقط فإنّ الفعل الماضى مثلا هو آله لإنشاء ما جعل مادّه لهيئته و الفعل ليس مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشائع الصّناعى فقصد عنوان التّمليک و إيجاد ما ليس مصداقا له لا أثر له و أمّا ترتّب الإباحه عليه مع عدم

قصدها فلما عرفت من أنّه

إذا كان عنوان ثانوی مترتّبا على الفعل قهرا فقصد العنوان الثّانوی غیر لازم بل قصد خلافه أیضا لا یضرّ

و لا- إشكال أنّ الإباحه المالكیّه لیست إلّا التّسلیط الخارجی و إدخال العین من مالكها تحت استیلاء الغیر و الفعل هو بنفسه مصداق للتّسلیط الخارجی فقصد التّملیک منه لا یخرجه عن التّسلیط الخارجی فلا یقال إن ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد لأن عدم وقوع ما قصد إنّما یضرّ إذا لم یكن ما قصد من دواعی الفعل و وقوع ما لم یقصد إنّما لا یصحّ إذا كان الواقع من العناوین القصدیه و أمّا إذا كان من العناوین القهریّه فنفس قصد الفعل كاف لوقوع العنوان الثّانوی القهریّ هذا غایه ما یوجّه به كلام المشهور

و لكن لا یخفى ما فیه أما أوّلا فلأنه یلزم على هذا أن یكون المقبوض بالعقد الفاسد أیضا مفیدا للإباحه لا سیّما إذا كان المعطی عالما بالفساد فإنّ بین المقبوض بالعقد الفاسد و المقام و إن كان فرق إذ القبض هناک لا ینشأ به الإباحه بل یقع مبنیا على العقد و وفاء به و أمّا القبض فی المقام فینشأ به التّسلیط و یقع نفس الفعل مصداقا للتسلیط المالكی و لكن هذا الفرق غیر فارق لأنّ قصد الوفاء فی ذلک الباب كقصد التّملیک فی المقام فإذا كان قصد التّملیک لغوا لكونه من الدّواعی فكذلک قصد الوفاء فإذا كان نفس الفعل مصداقا للتّسلیط و كان نفس قصده الفعل كافیا لتحقّق عنوان الإباحه فلا بدّ أن یكون كافیا فی باب المقبوض بالعقد الفاسد مع أنّه ادّعی الإجماع على أن المقبوض بالعقد الفاسد حكمه حكم المغصوب فی عدم جواز التصرّف فیه و أمّا ثانیا فلأن الفعل بنفسه لا یفید التّسلیط التملیكی و لا الإباحه و لذا قلنا إنّ المتعاطیین لو لم یقصدا عنوانا من العناوین یقع الفعل لغوا فإفادته النّقل و الإباحه و نحوهما إنّما هو بالقصد فالفعل بمنزله الماده المشتركه قابله لقصد أحد العناوین به و ما قلنا من أنّ الفعل لا بدّ أن یكون بالحمل الشّائعی مصداقا لعنوان ینشأ به لا ینافی أن یكون الفعل مع القصد مصداقا لذلک العنوان

و بعباره أخرى لم نقل أنّ الفعل المجرّد عن القصد لا بدّ أن یكون مصداقا لعنوان ما ینشأ فإذا كان مصداقیّته لعنوان بقصد ذلک العنوان فكلّ عنوان كان الفعل مع قصد هذا العنوان مصداقا له ینشأ به إلّا إذا كان هذا العنوان من العناوین الّتی لا یمكن أن ینشأ بالفعل كالصّلح و النّكاح مثلا فإنّ الصّلح الّذی هو التّسالم على أمر لا یكون الفعل مصداقا له و لا یمكن أن یكون ممّا ینشأ به و هكذا النّكاح فإنّ الفعل سفاح و مصداق لضدّ النّكاح

و بالجمله دعوى أنّ الفعل مصداق للتّسلیط المالكیّ المفید للإباحه دون التّملیک لا تبتنی على أساس بل الفعل المشترک بین هذین العنوانین و القرض و العاریه و نحو ذلک و یتمیّز كل عن غیره بالقصد فإذا قصد به التّملیک یتحقّق به الملكیّه نعم التّملیک الحاصل به لیس لازما كما سیظهر وجهه و لكن هذا غیر عدم إفادته التملیک فقیاس التّملیک بالصّلح و النّكاح مع الفارق هذا مع أنّه لو قلنا بأن الفعل مع قصد التّملیک أیضا لیس مصداقا لعنوان البیع فإن الفعل لیس من سنخ الألفاظ الّتی ینشأ بها المعانی بل هو مصداق للتّسلیط المالكی لیس إلّا إلّا أنّه لا شبهه أنّ تسلیط المالک على جمیع أنحاء التصرفات المتوقّفه على الملک لازم مساو للبیع و سیجی ء إن شاء اللّه أن عناوین العقود و الإیقاعات یصحّ إنشاؤها بما یكون لازما مساویا لها و لا یقاس باب اللّازم المساوی بباب الكنایات و المجازات

و الأجناس و الفصول

إن قلت فعلى هـذا يصحّ إنشاء البيع بلفظ سلّطتك على جميع أنحاء التصرّفات قلت الفرق بين الفعل و لفظ سلّطتك أنّه قامت السيره على الفعل و لم تقم على هـذا اللّفظ و مجرّد اشتراكهما فى المنشأ ما لم يقم دليل على صحّته لا يفيد فتأمل جيّدا و ثالثا إفاده الفعل الإباحه إنّما يستقيم لو كان المقصود منها الإباحه بالعوض الواقعى فإنّ التّسليط لو لم يقصد به المجانيّه لا يقتضى إلّا ضمان المتسلّط بالمثل أو القيمه و أمّا ضمانه بالمسمّى فهذا خلاف ما يقتضيه الإباحه لأن الضّمان بالمسمّى من آثار التّمليك فتأمل و رابعا المشهور القائلون بالإباحه فى مورد قصد التّمليك لا يفرقون بين إباحه التصرفات الغير المتوقفه على الملك و المتوقفه عليه مع أن اقتضاء الإباحه جواز التصرفات المالكيه متوقّف على دليل و لذا استبعد الشّيخ الكبير هذا المعنى

و كيف كان القول بأن قصد التّمليك من الدّواعى و الإباحه من العناوين القهريّه لا يرجع إلى محصّل فالأقوى أن يقال إنّ التّعاطى بقصد التّمليك يفيد الملك الجائز و لكن لا من جهه حمل الإباحه فى كلام المشهور على ذلك بل لأنّ هذا مقتضى القواعد الشرعيّه و الأدلّه المأثوره أمّا إفادته الجواز فلما سيجى ء توضيحه و إجماله أن اقتضاءه الجواز من جهه عدم تحقّق موجب اللزوم فإنّ موجبه إمّا الحكم الشّرعيّ التعبدى كما فى النّكاح و الضّمان و إمّا من جهه التزام المتعاقدين به مع الإمضاء الشّرعى كما فى البيع العقدى و المعاطاه فاقده لكلّ منهما

و الحاصل أنّ الجواز على أقسام ثلاثه أحدها الجواز الحكمى كالجواز فى الهبه مقابل اللزوم فى النّكاح ثانيها الجواز الحقى كالعقد الخيارى سواء كان الخيار بجعل شرعيّ كخيار المجلس و نحوه أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشّرط فإنّ الجواز على كلا التّقديرين حقّ مالكيّ فى مقابل اللّزوم العقدى بمعنى أنّ الالتزام العقدى يملكه أحدهما أو كلاهما على ما سيجى ء فى مبحث الخيار و يظهر فى محلّه أنّ حقيقه الخيار هو ملك كلا الالتزامين

و ثالثها الجواز لعدم تحقّق منشأ اللّزوم كما فى المعاطاه فإنّ الفعل بقصد تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله لا يقتضى إلّا نفس هذا التبديل و لا يدلّ إلّا على التزام كل من المتعاقدين بما التزما به فلا التزام فيه فلا موجب للزوم و هذا بخلاف القول فإنّ قوله بعت ينشأ به معنيان أحدهما بالمطابقه و هو تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله الّذى يحصل بالفعل أيضا و ثانيهما بالالتزام و هو التزام كلّ من المتعاقدين بما أوجداه من التبديل و من هذه الجهه يسمّى التّبديل القولى عقدا و عهدا مؤكّدا و هذا المعنى لا يمكن أن يتحقّق بالفعل الّذى يحصل به التبديل لأنه ليس للفعل دلاله الالتزام

نعم قد يوجد هذا المعنى بفعل آخر كالمصافقه كما هو المتعارف بين الدّلالين أو بين المالك و المشترى و أمّا إفادته الملكيه فلأنّ تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله كما يتحقق بالقول كذلك يتحقّق بالفعل غايه الأمر يتوقّف تحقّقه به على قصد التّمليك منه و الدّليل عليه صدق البيع عليه عرفا فيدلّ على صحّته جميع الأدله الدالّه على صحّه البيع بالقول عدا قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لاختصاصه بما يتضمن العهد المؤكّد و ما يكون فيه عقده و شدّ بل لو نوقش فى صدق البيع عليه فيكفى فى إفادته التّمليك قوله عزّ من قائل إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ

و منع كونه تجاره مكابره محضه فإن التّجاره عباره عن التكسّب و يكفى أيضا السيره القطعيّه من زماننا هذا إلى زمان الخاتم بل إلى هبوط آدم على نبيّنا و آله و عليه السّلام فإنّ الناس يعاملون فى المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك

و لكنّه لا يخفى أنّه لو نوقش فى صدق البيع عليه فالسيره و آيه التجاره لا تفيدان لإثبات المدّعى

لأنّه بناء على جواز التصرّفات المتوقّفه على الملك على الإباحه أيضا فغايه ما تفيده السيره و آيه التّجاره هو جواز التصرفات المالكيه و هو لازم أعمّ إلا أن يقال إنّ السيره قائمه على إفادته الملك أو أنّه لا معنى للإباحه بالعوض المسمّى كما أشرنا إليه و سيجى ء وجهه

و كيف كان منع صدق البيع عليه مكابره واضحه و دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كونه بيعا فمؤوّل على البيع اللّازم لا على أصل البيع فإذا صدق عليه البيع يكفى لصحّته قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ فإنّ المستثنى المنقطع يفيد عموم نفوذ كل تجاره عن تراض لخروجها عن أكل المال بالباطل و قوله تعالى أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ بناء على تعلق الحليّه بالحاصل من المصدر ظاهر فى الحليّه الوضعيّه كسائر الأحكام المتعلّقه بالموضوعات الخارجيّه

و لكنّ المصنف قدّس سره متأمّل فى ذلك و وجه تأمّله مقابله الحليّه فى الآيه مع الحرمه الظّاهره فى الحكم التّكليفى فإنّ حرمه الربا يراد منها ما يستحقّ على مخالفتها العقاب لا الفساد و لكنّه يمكن أن يجاب عنه بأنّ الربا هنا بمعنى الزياده و هى المال المأخوذ زائدا على أحد العوضين فالحرمه فيها أيضا وضعيّه

و بالجمله فالحقّ فى المقام أن يقال إنّ الفعل الواقع من المتعاطيين بقصد التّمليك و التملّك مصداق للجده الاعتباريّه و يتحقّق به تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله كما يتحقّق به الجده الاصطلاحيّه و يكشف عنه السيره المستمرّه بين أهل الشّرائع فى إنشاء التّمليك و التملّك به و تصرّف المتعاطيين فيما انتقل إليهما حتى ما يتوقّف على الملك فمنع صدق البيع عليه لا وجه له أصلا فإذا صدق عليه البيع يكون من أفراد التّجاره عن تراض و من مصاديق قوله عز من قائل وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ من غير فرق بين أن يجعل الاستثناء فى الآيه الأولى من الاستثناء المنقطع أو من المتّصل بأن يكون الاستثناء راجعا إلى مطلق الأكل و يكون معنى الآيه لا تتصرفوا فى أموالكم بنحو من الأنحاء فإنّه باطل إلّا التّجاره عن تراض لأنّه على أى حال يدلّ على نفوذ التّجاره عن تراض و أنّها ممّا يجوز و من غير فرق فى الآيه الثانيه بين أن يراد من الحليّه الحليّه الوضعيّه أو التّكليفيّه

أمّا على الأوّل فواضح فإنّ تعلّق الحلّ و الحرمه بالأعيان الخارجيّه بلحاظ تعلّق فعل المكلّف بها ظاهر فى صحّتها و نفوذها بالمطابقه و أمّا على الثّانى فلأن متعلّق الحلّ هو المسبّب أى نفس التّمليك و التملّك فإذا كان التمليك حلالا فمعناه أنه يتحقّق كما لو قيل إن بيع المصحف من الكافر حرام فإن معناه أنه لا يقع لأنّ معنى حليّه التملّك و حرمته أن إيجاد المسبب بيد موجده أو ليس بيده فعلى هذا يرد على المصنف قدّس سره

أوّلا بأنه لا وجه للتأمّل فى كون الحل فى الآيه ظاهرا فى الحليه الوضعيّه و ثانيا أن الحليّه التّكليفيّه أيضا تفيد الصّحه و تحقّق البيع لأنّه لا وجه لأن يجعل متعلّق الحليّه التصرفات التى هى من آثار تحقّق البيع بل نفس المسبّب الّذى هو عنوان ثانوى لفعل المكلّف أو أمر توليدى منه متعلّق الحلّ

فلا يرد على الآيتين ما أفاده قدّس سره فى قوله اللّهمّ إلّا أن يقال إنّهما لا تدلان على الملك و إنما تدلّان على إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقّفه على الملك و ثالثا أنّ إباحه التصرّفات فإذا اقتضت الملك فى سائر المقامات يقتضيه فى المقام أيضا و

مـا أفـاده من أنّ الاقتضـاء فى سائر المقامات بالإجماع و هو مفقود فى المقام ففيه أن اقتضاءها له فى سائر المقامات أيضا يوجب الاقتضاء بالمقدار اللّازم و هو الملكيّه آنا ما لا من أوّل الأمر

و بـالجمله لو قلنـا إنّ الآـيتين لاـ تـدلّان إلّـا على جواز مطلق التصـرّفات حتّى المتوقفه على الملك فالالتزام بأنّ فى البيع بالصّـيغه يستلزم جواز مطلق التصرّف الملك من أوّل الأمر

دون البيع بالفعل فإنّه يستلزم فيه جواز التصرف الملك آنا ما لا وجه له فإنّ الإجماع فى البيع بالصّيغه أيضا لا يقتضى الملك إلّا آنا ما فعلى هذا إما لا يقتضى البيع بالصّيغه الملك من أوّل الأمر و إمّا لا فرق بينه و بين البيع بالفعل

ثم يرد عليه أنّه لو لم نقل بدلاله الآيتين على حصول الملكيّه بل على جواز التصرّفات فكما يمكن الالتزام بالملك آنا ما كذلك يمكن تخصيص الأدلّه الدالّه على عدم جواز البيع و الوطى و العتق فى غير الملك و بعباره أخرى الالتزام بالملك آنا ما بلا موجب لأنه يمكن أن يكون الآيتان مخصّصتين لقواعد أخرى و رابعا الإشكال فى السيره فى المقام موجب لهدم أساس السيره أصلا و رأسا

ثم إنّ ثبوت السيره على التّوريث يكشف عن حصول الملك بالتّعاطى من أوّل الأمر فإنّه لا موجب لتقدير الملك آنا ما للمورّث حتّى يرثه الوارث ثم إنه قد يستدلّ على حصول الملكيّه بالمعاطاه بعموم النّاس مسلّطون على أموالهم بتقريب أنّ من أنحاء السلطنه المالك تبديل ماله بمال غيره بالفعل

و لكنّه لا يخفى أن عموم أنحاء السّلطنه إنّما هو باعتبار أفراد السّلطنه الّتى ثبتت للمالك كالهبه و البيع و القرض و الإجاره فلو شكّ أن نوعا آخر من أنحاء السّلطنه كالصّلح من أفراد هذا العموم فيتمسّك بعموم هذه الروايه لصحته و نفوذه و أما لو علم بتسلّط المالك على بيع ماله و لكنّه شك أن الموجد له هو الفعل أيضا أو ينحصر بالقول فليس العموم ناظرا إليه

و بعباره أخرى لا يمكن التمسك بهذا العموم للمقام و لا لما شكّ فيه من شروط الصّيغه مثل كفايه الفارسيّه و نحوها هذا كله بناء على حصول الملك بالمعاطاه و أمّا بناء على القول بالإباحه فهل يمكن التمسّك له بقوله النّاس مسلّطون على أموالهم و البحث فيه يقع من جهتين الأولى فى التمسّك به لسلطنه المالك على إباحه ماله لغيره بالإباحه المطلقه حتى المتوقّفه على الملك كالبيع و نحوه الثّانيه لتسلّطه على إباحه ماله بالعوض المسمّى

أمّا الجهه الأولى فسيجى ء فى ذيل البحث عن كلام المصنف فى التّنبيه الرّابع مفصّلا و أمّا الثانيه فإنّا و إن اخترنا فى الدّوره السّابقه إمكان إدراج هذا النّوع من الإباحه فى عنوان الصّلح إلّا أن الأقوى أنّ الإباحه بالعوض المسمّى ليست من أنحاء سلطنه المالك رأسا لأنّ كون المسمّى عوضا يتوقف على تضمين معاملىّ و هو يتوقّف على أن يكون ضامن المسمّى مالكا لمال طرفه لا كونه مباحا له

و بالجمله مالكيّه المبيح للمسمّى مع عدم مالكيّه المباح له لما أبيح له لا يجتمعان بناء على ما تقدم من أن حقيقه المعاوضه تقتضى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله فى الملكيّه أو تبديل نفس الإضافه و على أىّ حال لا بدّ أن يكون كل واحد من الطّرفين من سنخ الآخر و سيجى ء أيضا توضيح ذلك

نعم يصحّ التمسّك لصحه ذلك بالسيره القائمه على الإباحه بالعوض المسمّى كما هو المعمول فى إجاره الدّور و الدّكاكين فإنّ المسافر يستأجر الدار من المالك ليله بمقدار ثم يبنيان على أنّ كل ما بقى المستأجر يعطى الأجره بذلك المقدار فبناء عليه نفس هذه الإباحه بالمسمّى من إحدى المعاوضات المتعارفه و يكفى فى إمضائها قوله عزّ من قائل تِجارَةً عَنْ تَراضٍ فتأمل

قوله قـدس سـره هـذا مع أنّ ما ذكر من أنّ للفقيه التزام حـدوث الملك عنـد التصـرّف المتوقّف عليه لا يليق بالمتفقه فضـلا عن الفقيه و لذا ذكر بعض الأساطين إلى آخره

لاـ يخفى أنّ كلام المصـنف فى هـذا الباب لا يخلو عن تناقض و اضـطراب فإنّه قبل هـذا الكلام صـرّح بأن للفقيه الالتزام بإباحه جميع التصرّفات مع التزامه بحصول الملك آنا ما

لاـ من أوّل الأـمر و فی المقام يقول إنّه لا يليق بالمتفقه فضـلا عن الفقيه لما ذكره من التوالی الفاسـده تبعا لكاشف الغطاء قـدّس سره و بعد ذلک يمنع عن فساد التوالی و يصحّح ذلک

و كيف كان فالمهم بيان ما أورده الشّيخ الكبير على القول بالإباحه فی مورد قصد المتعاطيين التّمليک و تخيّله أنّ ما ينسب إلى المشـهور من إفاده المعاطاه الإباحه فی صوره قصد التّمليک مسـتلزم لقواعد جديده منها تخلّف العقد عن القصد و بالعكس أی ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع فإنّ الإباحه غير مقصوده لهما فكيف تقع و التّمليک مقصود لهما فكيف لا يقع

و قد تقدم منّا جواب هذا الإشـكال مفصّـلا و هو و إن لم يكن مرضـيّا عندنا إلّا أنّه يرفع الإشكال فإنّ القائل بالإباحه لا يلتزم بأنّ الفعل مصـداق لعنوان البيع فقصـد هـذا العنوان و إيجاد ما ليس مصـداقا له كقصد الزارع من الزّرع صـيرورته حنطه و تخلّفه من قبيـل تخلّف الـدّاعی و أمّـا وقوع الإبـاحه مع عـدم قصـدها فلمـا عرفت من أنّه لا يعتبر فی ترتّب الأمور المترتّبه على الأفعال قهرا قصدها بل يكفی قصد نفس الفعل فی صدق كونها صادره عنه اختيارا

و أما مـا أجـاب به المصـنف قـدس سـره حلّـا و نقضا فلا يفی بـدفع الإشـكال و لا يسـتقيم أمّا جوابه الحلی من أن تبعيّه العقود للقصود و بالعكس إنّما هی فی العقود اللّفظيّه و أمّا المعاطاه فعند القائل بالإباحه المجرّده ليست عقدا و لا قائما مقامه و مقتضـی ذلک و إن كان فسادها إلّا أنّه لا مانع من أن يحكم الشّارع بترتّب الإباحه عليها تعبّدا و بالجمله تبعيّه العقد للقصد إنّما هو لأجل دليل صحّه ذلک العقد بمعنی ترتّب الأثر المقصود عليه فلا يعقل الحكم بالصحه مع عدم ترتّب المقصود عليه و أمّا المعاطاه فلم يدلّ دليل على صحّتها حتی لا يتخلف العقد عن القصد

ففيه أنّ تبعيه العقـد للقصـد و بالعكس فی كلمات العلماء لا تختصّ بالعقـد الذی هو من أفراد قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل تجری فی جميع المنشـئات و ليست هـذه القاعده حكما تعبديّا حتّی تختصّ بمورد دون آخر بل حكم فطریّ ارتكازی منشؤه أنّ الموجـد الاعتباری إنّما يوجـد بآله إيجاده إذا صدر عن قصد فتحقّق غير ما قصد لا يعقل فی طريقه العقلاء و ليس حكم الشّارع فی باب العقود إلّا إمضاء ما هو طريقتهم فحكم الشّارع بترتب غير ما قصد لم يقم عليه دليل خاص تعبّدی

و أما جـوابه النقضـی مـن أن تخلّـف العقـد عـن القصـد فی المقـام نظير تخلّفه فی المـوارد الخمسه و هی عـدم ترتّب الضـمان بالمسـمّی على العقد الفاسد بل ترتّب الضمان الواقعیّ عليه مع أنّ قصد المتعاقدين هو المسمّی و عدم تقييد الشّرط الفاسد العقد مع أنّهما لم يقصدا المعامله إلّا مقرونه به و عدم اعتبار انضـمام ما لا يملک إلی ما يملک مع أنّهما قصداهما منضـما و عدم تأثير قصـد البائع الغاصب البيع لنفسه و ترتّب غير ما قصـد و هو وقوعه للمالک مع إجازته و عـدم تأثير قصـد الانقطاع و ترتّب غير ما قصد عليه و هو الدّوام

ففيه من الغرابه ما لا يخفی أمّا الأوّل فلأنّ موضوع البحث هو العقود الصّحيحه لا الفاسده فعدم ترتّب الضّمان بالمسمّی فی العقد الفاسد لا يفيد فی إثبات جواز تخلّف العقد عن القصد فلا يقال إنّهما أقدما على الضّـمان بالمسـمّی و لم يترتّب عليه و لم يقدما على الضـمان بالمثل أو القيمه فكيف يترتبان عليه لأنّه لا أثر لإقدامهما على المسـمّی إذا كان ملغی عند الشّارع لاختلال شـروط

العقد و سيجى ء فى قاعده ما يضمن أن منشأ الضّمان بالمثل أو القيمه إنّما هو قاعده اليد لا الإقدام على الضّمان حتى يقال إنّهما أقدما على الضّمان بالمسمّى لا الضّمان الواقعى

و ما يظهر

من الشيخ و المسالک من كون منشأ الضّمان هو الإقدام فسيجى ء أن تمسّكهما بقاعده الإقدام إنّما هو لإثبات عدم تحقّق الرافع للضّمان و هو الإقدام على المجّانيّه فحاصل كلامهما أنّ منشأ الضّمان فى العقد الفاسد هو قاعده اليد مع عدم قصد التبرع

و أمّا الثّانى فلأن الشرط الفاسد لو كان غير موجب للأثر حتّى الخيار لكان النّقض واردا و صحّ أن يقال إنّهما لم يقصدا المعامله إلّا مقرونه به فكيف تصحّ مع عدم اقترانها به و أمّا بناء على المختار من صحّتها مع الخيار فلا يرد النقض أصلا لأنّ منشأ صحّه المعامله عدم كونها مقيّدا بحيث ينتفى القصد بانتفاء القيد و أمّا الخيار فالالتزام العقدى حيث إنّه مرتبط بالالتزام الشّرطىّ فتخلّفه يوجب الخيار

و بالجمله لو قيل إنّ الشّرط موجب لكون المنشإ أمرا خاصا فمقتضاه أن فساده يوجب فساد العقد و أمّا لو كان هناک التزام فى التزام أى التزام مرتبط بالتزام آخر ففساد أحدهما لا يوجب إلّا الخيار و على أىّ حال القائل بالصحّه إمّا مع الخيار أو بدونه لا يلتزم بأنّ القصد الخاص منشأ للعقد المشروط حتّى يرد النّقض عليه بأنّه تخلّف العقد عن القصد

نعم لو التزم بأنه ليس فى العقد المشروط إلّا التزام واحد و قصد خاص و مع ذلک لا يقتضى تخلّفه فساد العقد لكان النّقض واردا و هذا مما لم يقل به أحد و كيف كان الأمر المختلف فيه لا يناسب جعله موردا للنّقض

و أمّا الثّالث فلأنّ صحّه بيع ما يملک و فساد ما لا يملک سواء كان المراد منه ما لا يقبل التملّک كالخمر و الخنزير أو كان ملک الغير إنّما هو الانحلال العقد إلى عقدين أحدهما صحيح و الآخر إمّا فاسد أو موقوف على الإجازه و لا وجه لنقضه بالمقام لأنّ فى كل من الجزءين لم يتخلّف العقد عن القصد و إنّما صحّ أحدهما لكونه واجدا للشّرائط دون الآخر لكونه فاقدا لها و مجرّد انضمام ما لا يملک إلى ما يملک لا يستلزم الاتّحاد و ذلک واضح

و أمّا الرّابع فلأنّ قصد الغاصب البيع لنفسه إنّما هو لبنائه على كونه مالكا فبعد هذا البناء يوقع البيع بين ملک المالكين فعدم وقوعه له لا يقتضى إلّا تخلّف الاعتقاد المقارن لقصد إنشاء التبديل بين الملكين و بتعبير آخر الرّكن فى المعاوضات هو العوضين دون العاقدين و ليس البيع كالنّكاح فى وجوب تعيين الزّوجين فكون المالک هو البائع أو غيره لا دخل له فى صحّه المعاوضه و قصد وقوعه لنفسه ليس إلّا لجعل نفسه مالكا و تخلّف هذا البناء لا يستلزم تخلّف العقد عن القصد

و أمّا الخامس فمع كون المسأله خلافيّه لا يفيد انقلاب الانقطاع دائما لإثبات تخلف العقد عن القصد لأنّه يمكن أن يقال إنّ النّكاح حقيقه واحده فقصد الانقطاع ليس إلّا قصد هذه الحقيقه مع خصوصيّه زائده يتوقّف حصولها على ذكر الأجل فإذا نسى ذكره يقع أصل الحقيقه التى لا يتوقّف على مئونه زائده غير إيجادها بما هو آله لإيجادها

و نظير ذلک ما إذا كان بناء المتعاقدين البيع مع شرط خاصّ و نسيا ذكر الشّرط فوقوع البيع و عدم وقوع الشّرط لا يوجب تخلّف العقد عن القصد

قوله قدّس سره و منها أن يكون إراده التصرّف من المملكات فيملک العين أو المنفعه بإراده التصرّف بها أو معه دفعه إلى آخره

حاصل إشـكاله قدّس سره أنّه لازم القول بالإباحه المطلقه أحد الأمرين أمّا الالتزام بأن إراده التصرّف من أسباب حصول الملك مع أن حصوله بأسـباب مخصوصه ليست لإـراده منهـا و أمّـا الالـتزام بأن نفس التصـرّف مملك و هـذا مع أنّه ليس من الأسـباب المملّكه مستلزم لإشكالات أخر

تجرى فى تصرّف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما كاجتماع العلّه و المعلول فى رتبه واحده فإنّ الانتقال إلى المشترى مترتّب على الملك و الملك مترتب على التصرّف فبالتصرّف يحصل الملك و الانتقال و كالدّور فإنّ صحّه البيع تتوقّف على الملكيّه و الملكيّه يتوقف حصولها على البيع و نظير هذين الإشكالين يأتى فى التكليفيّات أيضا مثلا الوطى فى غير الملك محرّم و به تتحقّق الملكيّه و الحليه المترتّبه عليها فى رتبه واحده

و أجاب عنه المصنف قدّس سره بأنّه لا بأس بالتزام كون إراده التصرّف مملّكا إذا كان ذلك مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرّف و أدلّه توقّف بعض التصرّفات على الملك و نحن نقول أوّلا ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير قدّس سره كون إراده التصرّف من المملكات بل أنّه جعل محطّ الإشكال كون نفس التصرّف مملّكا و إنّما جعل المحقّق الثّانى الإراده من المملّكات دفعا للإشكالات الوارده على تصرف ذى الخيار فينبغى أن يجاب على طبق إشكاله و ثانيا الجمع بين الأدلّه لا يقتضى كون الإراده من المملّكات إلّا فى بعض الصّور

و توضيح ذلك أنّ التصرّف أحد المتعاطيين فيما أبيح له و كذا تصرّف من له الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما إمّا تصرف متلف أو ناقل أو ما يتوقّف على الحليه كالوطى أمّا المتلف ففى المقام لا يتوقّف على جعل الإراده من المملّكات و لا على تقدير الملك آنا ما لأنّ إتلاف المباح له مال المبيح لا يتوقّف على كونه ملكا له بل هو كأكل الضّيف و الغاصب غايه الفرق أنّ الضيف ليس ضامنا و فى المقام المتلف ضامن للمسمى و الغاصب ضامن للمثل أو القيمه

نعم لو قلنا أنّ الضّامن بالمسمّى لا يصحّ إلّا إذا كان الضّامن مالكا للعوضين فلا بدّ من الالتزام بالملك له آنا ما قبل التّلف لأنّ المالك التّالف لا يمكن أن تتعلّق به الملكيّه حين التّلف فعلى هذا الفرض أيضا لا يقتضى الجمع بين الأدلّه جعل الإراده من المملّكات بل حكم المقام حكم إتلاف ذى الخيار و الواهب ما انتقل عنهما فى أنّ مقتضى جواز الإتلاف منهما شرعا و انفساخ العقد به هو رجوع التّالف إلى ملك المتلف آنا ما و وقوع التّلف فى ملكه

و أمّا النّاقله كالبيع و نحوه فإن قلنا إنّ الأدلّه الدالّه على عدم نفوذها إلّا فى الملك تقتضى اعتبار وقوع سبب النّقل أيضا فى الملك فلا بدّ من الالتزام بكون إراده التصرّف من المملّكات لأنّ العقد لا يمكن أن يقع فى الملك إلّا إذا كان أراد البيع من المملّكات و لا يمكن هنا دفع الإشكال بتقدير الملك آنا ما لأنّ التقدير الّذى هو عباره عن رجوع الملك عن ملك مالكه و دخوله فى ملك النّاقل و خروجه عن ملكه إنّما يتحقّق بنفس النّقل لأنّ الملك آنا ما ممّا تقتضيه نفس المعامله أى خروج المعوّض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض يقتضى التقدير آنا ما لا غيره فقول ذى الخيار و الواهب و المباح له بعت يقتضى أمرين دخول الملك فى ملك البائع و خروجه عن ملكه

و بعباره أخرى معنى الملك آنا ما أى الملك الغير المستقيم و الاعوجاجى و هو يحصل بنفس التصرّف النّقلى لا قبل ذلك فإذا التزمنا بأنه لا بدّ من وقوع نفس قول بعت فى الملك فلا بدّ أن يكون إراده البيع من المملّكات و أما لو قلنا إن الأدلّه لا تقتضى إلّا وقوع المنشإ فى الملك لا السّبب النّاقل كما هو الحقّ لأنّ قوله ع لا بيع إلّا فى ملك ظاهر فى نفس المسبّب فلا يلزم الالتزام بجعل إراده التصرّف من المملّكات بل يحصل بنفس قوله بعت أمران أحدهما دخول الملك فى ملك البائع و هو يحصل بنفس

الإنشـاء من حيث إنّه فعـل من أفعـال البـائع و ثانيهمـا خروجه عن ملكه إلى ملـك المشترى و هو يحصـل من الأ ـثر الحاصل من الإنشاء

و بعباره أخرى الفسخ فى تصرّف ذى الخيار مثلا عباره عن حلّ التبديل و هو يحصل بنفس السبب أى يتملّك الفاسخ بنفس الفعل الإصدارى و لذا يتملّك بالعقد الفاسد أيضا و يتملّك المشترى بالأثر الحاصل منه أى باسم المصدر فلا يلزم دور و لا كون العلّه و المعلول فى رتبه واحده لأنّ العلّه فى رتبه الإنشاء و المعلول فى رتبه المنشأ ففى رتبه الإنشاء يدخل الملک فى ملك البائع و يخرج عن ملكه فى رتبه المنشإ و سيجى ء توضيح ذلک فى محلّه

و أمّا الوطى فأصل الإشكال فيه غير وارد لأنّ الوطى لا يتوقف على ملك الرقبه فمع فرض جوازه شرعا فهو يملك الوطى و لو لم يكن مالكا للرقبه كمورد التّحليل و ما أفاده المحقّق القمى فى جامع الشّتات من أنّ إباحه الوطى له مع عدم كونه مالكا للرقبه يقتضى وقوع العوض فى مقابل الوطى و هو مستلزم لحليّه إجاره البضع

ففيه أنّ العوض فى باب المعاطاه لم يجعل مقابلا للوطى بل عوض المسمّى مقابل لإباحه المالك التصرّفات و إباحته يقتضى جواز الوطى و ما يقال من أن سبب الوطى منحصر بالملك أو التّحليل أو الزّوجيّه ففيه بعد قيام السيره على نفوذ جميع التصرّفات حتى الوطى و بعد قيام الدّليل على عدم إفاده الفعل التّمليك فلازم هذين الأمرين أنّ مجوّز الوطى ليس منحصرا بالتّحليل و ملك الرقبه و الزّوجيه بل من أسبابه إباحه المالك له التصرّف بالعوض بالتّعاطى و لو كان هناك كلام فلا بدّ من المناقشه فى أصل إفاده المعاطاه الإباحه أو أصل جواز كل تصرف حتى الوطى و أمّا بعد تسليم الأمرين فلا يرد محذور أصلا لأنّ جواز المسبّب وضعا كالوطى مستلزم لحليّته شرعا

قوله قدّس سره منها أنّ الأخماس و الزّكوات و الاستطاعه و الديون و النفقات و حق المقاسمه و الشّفعه و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله إلى آخره

حاصل إشكاله قدّس سره أنّ فى هذه الموارد العشره و هكذا بالنّسبه إلى صفه الغنى و الفقر يلزم بناء على إفاده المعاطاه الإباحه تأسيس فقه جديد أى الالتزام فى مورد المعاطاه بأمور مخالفه للقواعد المسلّمه فى غير مورد المعاطاه

فإنّه كيف يتعلّق الخمس و الزكاه بما فى يد أحد المتعاطيين مع أنّه ليس مالكا و كيف يجب عليه الحجّ و كيف يتعلّق حق الديان به و كيف يجب عليه الإنفاق على من يجب عليه و كيف يجوز إلزام شريكه بالقسمه و كيف يجوز له الأخذ بالشّفعه و كيف يرث منه وارثه و كيف يجرى الربا فيه أى إذا اشترى بجنس ما فى يده مع الزياده و كيف يحرم عليه مع أنّ الرّبا لا يجرى فى غير المعاوضات الموجبه التبديل أحد طرفى الإضافه فى الملك و كيف يلاحظ ثلث مال الميّت بالنّسبه إلى ما فى يده مع أنّه ليس مالكا له و كيف يكون غنيّا لا يجوز له أخذ الزكاه أو الخمس مع أنه فقير لا مال له

هذا و المحقّق الخراسانى قدّس سره فى حاشيته على الكتاب حمل بعض إشكالات الشيخ الكبير قدّس سره على غير ما بيّناه فإنّه فى مقام الجواب قال ففيه أنه لا محذور فى كثير منها كالاستطاعه و أداء الدين و النفقه إلخ فتوهّم أنّ الشيخ استشكل بأنه كيف يجوز أداء الدّين من هذا المال الّذى ليس مالكا له و هكذا كيف يجوز له الإنفاق منه مع أنّ اتحاد السّياق يقتضى أن يكون إشكاله فى تعلّق حقّ الديان و تعلّق وجوب الإنفاق به لا فى جواز إعطاء الدين فى مقام الوفاء منه

و كيف كـان فقـد أجـاب المصـنف عنه بمـا لاـ يخلو عن اضـطراب و إشـكال أمّـا الاضـطراب فلأنّ قوله و أمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس و الزّكاه إلى آخره فهو استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسيره رجوع إليها يحتمل معنيين

أحدهما أنّه لا نلتزم بتعلّق هذه الأمور بما في يد أحد المتعاطيين مع بقاء مقابله

فی يد الآخر وجدانا أو تعبّدا و دعوى أنّ عدم التعلّق مخالف للسيره فإنّها قائمه على التعلّق ففيه أنّه بناء على هذا لا يستلزم التعلّق مخالفه القاعده فإنّ السيره دليل عليه

و ثانيهما نلتزم بتعلّقها به مع عدم كونه مالكا و دفع تعلّقها بمخالفته للسيره لأنّها قائمه على أنّ ما ليس ملكا لا يتعلّق به هذا الأمور رجوع إلى السيره و كلام الشّيخ الكبير ناظر إلى مخالفته للقواعد لا مخالفته للسيره و أمّا الإشكال فلأنّ الجواب على كلا الاحتمالين لا يستقيم

أمّا على الأوّل فلأن مجرّد كون السيره دليلا على التعلّق لا يرفع الإشكال لأنّ أصل الإشكال هو أنّه لا يمكن أن يكون فی المعاطاه و غيرها فرق فجوابه بأنّ فی المعاطاه قامت السيره بتعلّق هذه الأمور بما لا يكون ملكا لا يستقيم لأنّ حاصل إشكاله أنّه لو قيل بتعلّق هذه الأمور بما ليس ملكا فلا بدّ من الالتزام به مطلقا و لو قيل بعدم تعلّقها به فيقال بأنّ السيره قائمه على التعلق فلا مناص عن الالتزام بإفاده التعاطی الملک حتی لا يكون فرق بين موارد الأملاک

و أمّا على الثّانی فلأنّه إقرار بالإشكال لأنه التزام بتعلّق هذه الأمور بما لا يكون ملكا و هذا فقه جديد و نحن نقول لا يرد الإشكال إلّا فی ثلاثه موارد و هی تعلّق الخمس و الزكاه و حقّ الشفعه بما لا يكون ملكا فإنّ الظّاهر من أدلّتها اعتبار الملكيّه و يظهر من صاحب الكفايه أنّه لا يعتبر فی تعلّق حقّ الشفعه بما بيع بالمعاطاه أن تكون مفيده للملكيّه لأنّ الشفعه تتعلّق ببيع أحد الشريكين شقصه سواء باعه على نحو يفيد الملكيّه أو لا فالشّريک الّذی يملک الشقص الآخر له الأخذ بما أباحه شريكه لغيره بالعوض المسمّى و لا يخفى صحّه ما أفاده بناء على أن يكون نظر الشّيخ الكبير إلى هذه الصوره

و أما لو كان دار مشتركه بين من كان نصفها ملكا له و من كان نصفها مباحا له فباع مالک النّصف من غير شريكه فهل يمكن الالتزام بأنّ للشريک الّذی كان نصفها مباحا له الأخذ بالشّفعه فتأمل و أمّا الموارد الباقيه فتعلّقها بما فی يد أحد المتعاطيين لا يكشف عن الملكيّه بل يمكن أن يكون مباحا و مع هذا تتعلّق به

أمّا الاستطاعه فلحصولها ببذل الزّاد و الرّاحله أيضا و أما الغنى المانع عن استحقاق الزكاه فلعدم توقّفه على الملک و لذا لا يجوز أخذ الزكاه للأقارب إذا كان من يجب عليه الإنفاق عليهم مليّا و أمّا تعلّق حقّ الديان به فلأنّه و إن لم يكن من بيده مالكا إلّا أنّه لكونه مالكا لأن يملک باسترداد العوض أو بالتصرّف فيما عنده فللغريم إلزامه بأحدهما و أمّا تعلّق حقّ الإنفاق به فلأنّ وجوب الإنفاق يدور مدار الغنى و هو حاصل بكون ما فی يد المنفق مباحا له

و أمّا حقّ التّقسيم فلعدم اختصاص وجوب الإفراز على الشّريک فی الشی ء المشاع بين الشّخصين بأن يكون كل منهما مالكا له بل حيث إنّ المباح له له التصرّف فيما أبيح له بأىّ نحو من أنحاء التصرّف فله إلزام شريكه بإفراز حقّه الموجب لصيرورته ملكا له

و أمّا مسأله الإرث فلا يبعد أن يقال إنّ الموت موجب للزوم كموت الواهب و اللّزوم هنا مساوق للملكيّه بناء على أنّ الإباحه اللّازمه غير متصوّره هذا مع أنّ الإرث لا يتوقّف على الملک لأنّ كلّ ما تركه الميّت من حقّ أو ملک يرثه الوارث

و أمّا مسأله الرّبا فلا تختصّ حرمته بالبيع الموجب للملك بل يجرى حتّى فى الضمان بالمثل و القيمه فضلا عن الضّمان بالمسمّى

و أمّا مسأله الوصيّه فلو كان المراد من الاستبعاد أنّه كيف يكون ما ليس ملكا مخرجا للثلث ففيه أنّه لو قلنا بأنّ المال المباح يصير ملكا بموت المباح له فلا إشكال لأنّ الثلث يخرج ممّا يملكه حين الموت

نعم لو قلنا بعدم صيرورته

وجهه ممّا قررنا فى جواب الاستبعاد و منها أنّ التصرف إن جعلناه من النّواقل القهريّه إلى آخره و فيه أنّ هذا يرجع إلى الإشكال الثانى و تقدم الجواب عنه و منها أن النماء الحادث قبل التصرّف إن جعلنا حدوثه مملّكا له دون العين فبعيد أو معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفىّ

و حاصل إشكاله أن النماء المتّصل حكمه حكم العين و أمّا المنفصل فحيث إنّ تسليط المبيح للمباح له على ماله لا يشمل النماء المنفصل فيدور الأمر بين أن يقال بعدم جواز تصرف المباح له فيه لعدم كونه ملكا له و لا مباحا أو يقال نفس حدوث النماء فى يد المباح له يقتضى أن يكون ملكا له و كلاهما ممّا لا يمكن الالتزام به أمّا الأوّل فلأنه خلاف السّيره و أمّا الثانى فلأنّه بلا موجب و قد أجاب عنه المصنف بأن القائل بالإباحه لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ بل حكمه حكم أصله و يحتمل أن يحدث النّماء فى ملكه بمجرّد الإباحه و فيه ما لا يخفى بعد ما ظهر أنّ استبعاده إنّما هو فى النماء المنفصل فاختيار الاحتمال الأوّل و هو عدم انتقال النماء بل إباحته لا يصحّ لأنّ إباحته فرع شمول الإذن له و الشّيخ الكبير أنكر ذلك و قال شمول الإذن له خفىّ

و أمّا الاحتمال الثّانى فهو عين الاستبعاد الّذى ذكره و هو أنّه كيف يحصل للمباح له ملك النماء بمجرد حدوثه مع أنه ليس من أسباب الملك فالحقّ أن يقال إنّ مقتضى قوله صلّى اللّه عليه و آله الخراج بالضّمان أن يكون النماء ملكا له بناء على ما سيجى ء فى معنى الخبر و إجماله أنّ الضّمان فى النّبوى ليس بمعنى الاسم المصدرى بأن يكون معناه من كان ضامنا لشى ء سواء كان منشأ الضمان هو الغصب أو غيره فمنفعته له لأن هذا المعنى هو الّذى أفتى به أبو حنيفه و قال الإمام عليه السّلام من مثل هذا الفتوى يمنع السّماء قطرها و الأرض بركاتها بل معناه هو الضّمان المصدرى و هو التعهّد المعاملى الّذى أمضاه الشّارع

و حاصله أن كلّ من تعهّد ضمان شى ء بالتّضمين المعاملى فمنافعه له و هذا من غير فرق بين أن يكون التّضمين على نحو يفيد الإباحه أو التّمليك فإنّ مقتضى إطلاقه كون منافعه للضّامن و معنى كون الشخص ضامنا لما يتملّكه أو لما أبيح له هو أنّه لو تلف يكون دركه عليه و يكون عوضه المسمّى ملكا للطرف الآخر و هكذا لو طرأ عليه فسخ أو انفساخ حين كونه تالفا يضمن مثله أو قيمته على ما يقتضيه المعامله و هذا هو معنى الضّمان فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و بالجمله مقتضى الضّمان المعارضى أن تكون المنافع ملكا للضّامن فالالتزام بأنّ النماء الحادث قبل التصرف ملك المباح له دون العين لا بعد فيه و هذا المعنى فى النّبوى و إن كان منافيا لقاعده تبعيّه النّماء للعين و لكنّه لا يخفى جهه تقديمه عليها و إن كان بينهما عموم من وجه

أما أوّلا فلأنّ هذه القاعده ليست مدلولا لنصّ بل حكم لبى مدركه الإجماع أو العقل و ليس لها إطلاق بحيث يقاوم النّبوى

و أمّا ثانيا فلأنّ النّبوى بمنزله الحكم المعلّل لأنّه متعرّض لمنشإ ملكيه النّماء فإنّ الباء فى قوله ص بالضّمان بمعنى المقابله فإذا كان المنافع بإزاء الضّمان فيكون النّبوى حاكما عليها لأنّ الحكم المعلّل نصّ فى مورد الاجتماع فيكون قاعده تبعيّه النماء للعين ناظره إلى اقتضائها بحسب طبعها الأصلى و أمّا إذا اقتضت معامله انفكاك النماء عن العين فى الملك فلا تنافى بينها و بين الملازمه فى الملكيّه بحسب الطّبع الأصلى

قوله قدّس سره فالقول الثّانى لا يخلو عن قوّه و عليه فهل هى لازمه مطلقا إلى آخره

قد تقدم وجه قوّه القول الثانى و هو أنّ الفعل بنفسه مصداق للعنوان الّذى يقصد به فإذا قصد به التّمليك يترتب عليه لو كان

واجدا للشّرائط ما عدا القول و عليه فهل هى لازمه ابتداء مطلقا كما عن المفيد أو بشرط أن يقع قبل الفعل مقاوله من المتعاطيين أو جائزه مطلقا وجوه اختار المصنف قدّس سره الأوّل بدعوى أصاله اللّزوم فى الملك فإنّ الملك بعد حصوله بالتّعاطى لو شكّ فى زواله بفسخ أحدهما فمقتضى الاستصحاب بقاؤه و لا يرد على هذا الأصل إلّا أمران

أحدهما معارضه هذا الأصل باستصحاب بقاء عقله المالك الأوّل فإذا تعارضا فاستصحاب بقاء العلقه حاكم على استصحاب بقاء الملك لأنّ منشأ الشكّ فى اللّزوم و الجواز ارتفاع علقه المالك و بقاؤها فإذا استصحبت فيرتفع الشكّ فى المسبب

و ثانيهما أنّ الثابت هو الملك المشترك بين المستقرّ و المتزلزل و بعد رجوع أحدهما يرتفع لو كان متزلزلا و كونه مستقرا مشكوك الحدوث و الأصل عدم حدوثه و لا- يخفى اندفاع كلّ منهما أما الأول فللشكّ فى ثبوت علاقه أخرى للمالك غير العقله المالكيه

و بعباره أخرى الإضافه الّتى كانت بين المالك و الملك ارتفعت قطعا بنقله إلى غيره و لم يكن هناك إضافه أخرى حتى تستصحب ليكون حاكما على أصاله اللّزوم فالشكّ هنا فى حدوث علاقه للمالك الأصلى بالفسخ لا فى بقائها

و بعباره ثالثه العقد الخيارى يوجب بسبب الخيار أن يحدث علاقه لذى الخيار فهو مالك لأن يملك لا أنّ العلاقه الأولى باقيه له و أمّا الثّانى ففيه أوّلا- على فرض الاختلاف فى حقيقه الملك و أنّ الملك اللازم مباين للجائز فلا مانع من إجراء الاستصحاب فى المقام و لو كان المستصحب مردّدا بين مقطوع الارتفاع و مشكوك الحدوث لأن تردد المستصحب بين الأمرين صار منشأ للشكّ فى كون الحادث باقيا أو مرتفعا

و ما يتوهّم من عدم جريان الاستصحاب فى هذه القسم الّذى جعله المصنف قدّس سره فى أصوله قسما ثانيا من استصحاب الكلّى بالتقريب الّذى بيّنه قدّس سره فيه و اختاره السيد الطّباطبائى فى حاشيته على المتن مندفع جدّا لأنّ حاصل الإشكال أحد الأمرين

أحدهما أنّ الشكّ فى بقاء القدر المشترك مسبّب عن الشكّ فى حدوث ذلك المشكوك الّذى لو كان هو الحادث لكان القدر المشترك باقيا فإذا حكم بأصاله عدم حدوثه فيلزم ارتفاع القدر المشترك

و ثانيهما أنّ وجود الكلّى بوجود فرده و عدمه بعدمه فالكلّى لو كان فى ضمن الحصّه الزّائله فهو مقطوع الزّوال و كونه فى ضمن الحصّه الأخرى مشكوك من أوّل الأمر و كلاهما مندفعان أمّا الأوّل فلأنّ الشكّ فى بقاء الكلّى و ارتفاعه ليس مسبّبا عن الشكّ فى حدوث ذلك المشكوك الحدوث بل من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الّذى ارتفع يقينا أو الّذى بقى يقينا و لا أصل يعين أنّ الحادث ما هو مثلا- لو شكّ فى أنّ الحادث هو المنى أو البول فبعد الوضوء إذا شكّ فى بقاء الحدث لا يترتّب على أصاله عدم حدوث المنى ارتفاع الحدث إلّا بضميمه القطع بارتفاع الحدث فى ضمن البول هذا مضافا إلى معارضته بأصاله عدم حدوث البول

و بالجمله العـدم المحمولى لا يترتّب عليه الأثر فى المقام و العـدم النّعتى ليس له حاله سابقه فجريان أصاله عـدم تحقق الحـدث الأكبر غير مفيد و أصاله عدم كون هذا الحادث من الحدث الأكبر غير جار

هذا مضافا إلى أن مجرّد السـببيّه و المسـببيه لا يفيد فى رفع الشكّ عن المسـبب إلّا إذا كان الترتّب شـرعيا كترتّب انغسال الثوب على طهـاره المـاء لا ـ فى مثـل المقام و مسأله الحـدث فإنّ الشّارع لم يترتّب ارتفاع الملك على عـدم حـدوث الملك اللّازم و لا ارتفاع الحدث على عدم حدوث المنى

و أمّا الثّانى فلأنّ الكلّى عين الفرد لا أنّه منتزع عنه فوجود الكلّى إذا كان يقينيا فتردّده منشأ للشك فى بقائه و توضيح

دفع الإيرادين موكول إلى الأصول و قد دفعناهما بما لا مزيد عليه فى تنبيهات الاستصحاب فراجع و أمّا ثانيا فلأنّه لا اختلاف فى حقيقه الملك و ليس الجائز مغايرا للّازم فى الماهيّه و إنّما الاختلاف بينهما فى السّبب المملّك و هو حكم الشّارع فى أحدهما بجواز الرد و فى الآخر بعدمه

و توضيح ذلك أن منشأ الاختلاف إمّا اختلاف إنشاء المنشئ أو جعل الشّارع أمّا الأوّل فواضح إن العاقد ينشئ معنى واحدا فى البيع الخيارى و غيره فإنّه يفكّ أحد طرفى الإضافه و يعطى ماله لغيره من دون قصدا للّزوم و الجواز مع أنّه لا أثر لقصد المنشئ اللّزوم و الجواز فى البيع و أمّا الثانى فلأنّه يلزم تخلّف العقد عن القصد فإنّ العاقد لو أنشأ نفس القدر المشترك فإذا خصّصه الشّارع فى بعض الموارد بإحدى الخصوصيّتين و فى الآخر بالخصوصيه الأخرى يلزم تخلّف العقد عن القصد هذا على ما أفاده المصنف قدّس سره

و لكنّه لا يخفى أنّه لو جعل الشّارع القدر المشترك فى كل مورد متخصّصا بخصوصيّه خاصّه فلا بدّ للعاقد أن يقصد هذه الخصوصيّه و إلّا لبطل العقد رأسا لا أنّه يصحّ على خلاف ما قصده العاقد فالأمر يدور بين البطلان و الصّحه بلا تخلف العقد عن القصد لا الصّحه مع تخلّفه عنه حتى يقال كما فى المتن هو باطل فى العقود لما تقدم من أنّ العقود الصحيحه عند الشّارع تتبع القصود إلى آخره

و كيف كان فالصّواب فى المقام هو المراجعه إلى الوجدان و نرى وجدانا أنّ العاقد فى العقود المملّكه لا يقصد إلّا التمليك و لا ينشئ إلّا ذلك

و بالجمله فالحقّ فى وجه جريان أصاله اللّزوم هو اتّحاد حقيقه الملك و الاختلاف إنّما هو فى السبب المملّك حيث حكم الشّارع باللّزوم فى بعض الأسباب و بالجواز فى الآخر مع أنّك قد عرفت أنّه لو كان الاختلاف فى حقيقه الملك أيضا لجرى الاستصحاب فى مورد الشكّ فى أنّ الواقع فى الخارج لشبهه حكميّه أو موضوعيّه من أىّ القسمين

نعم قد يستشكل فى جريان الاستصحاب الكلّى فى المقام بعين الإشكال فى جريان الاستصحاب الشّخصى إذا وجد أحد الرّافعين

و توضيح ذلك أنّا قد بيّنا فى الأصول أنّ فى القسم الثّانى قد يجرى استصحاب الشّخصى كما يجرى استصحاب الكلّى و قد لا يجرى فإذا شكّ فى أنّه عمل عملا يرفع الحادث المردّد أم لا فيجرى استصحاب بقاء الشّخص الحادث الواقعى و نتيجته وجوب الاحتياط أو إيجاد الرافع على أىّ تقدير مثل الجمع بين الوضوء و الغسل فى الحدث المردّد بين البول و المنى

و أمّا إذا توضّأ ثم شكّ فى بقاء الحدث الشخصى الثّابت واقعا فلا يجرى استصحاب الشّخصى لأنّ الشك ليس فى البقاء بل فى حدوث أى واحد من الشّخصين و فى كلّ واحد منهما أحد ركنى الاستصحاب منتف أمّا فى الحدث الأصغر فللقطع بارتفاعه و أما الأكبر فللشكّ فى حدوثه فعلى هذا لا يجرى فى مسأله الحدث بعد إيجاد رافع أحدهما و هكذا فى الظّهر و الجمعه و البق و الفيل و نحو ذلك إلّا استصحاب الكلى

و أمّا فى المقام فلا يجرى استصحاب الكلّى أيضا لأنّ اختلاف الملك ليس إلّا بنفس الارتفاع و البقاء فالشكّ فى بقاء الكلّى عباره عن الشك فى أنّ الحادث ما هو فإن تنوعه بنوعين ليس باختلاف السبب المملّك و لا باختلاف حقيقته و ماهيته من غير جهه أن أحدهما يرتفع بالفسخ و الآخر لا يرتفع فإذا كان تنوّعه بنفس اللّزوم و الجواز فينتفى أحد ركنى الاستصحاب على أى حال لأن الملك الجائز مقطوع الارتفاع و اللّازم مشكوك الحدوث من أوّل الأمر

و بعباره أخرى يعتبر فى كلّ قضيه أن يكون المحمول خارجا عن الموضوع أى يعتبر أن يكون الموضوع فى القضيه مجرّدا عن عقد الحمل حتى يصلح الحمل و فى المقام حيث إنّه ليس تقسيم الملك

إلى القسمين باعتبار الفصول المنوعه و ليس كالحدث المشترک بين النوعين المتخصّص كلّ منهما بخصوصيّه خاصّه من غير جهه البقاء و الزّوال بل جهه تقسيمه إليهما منحصره بالبقاء و الارتفاع فلو شک فى بقاء الملک و ارتفاعه فمعنى استصحاب الملک هو استصحاب الملک الباقى فيصير البقاء الّذى هو عقد الحمل داخلا فى عقد الوضع و لا شبهه فى خروج هذا القسم من الاستصحاب من عموم لا تنقض عقلا

و مرجع هذا الإشكال فى الحقيقه إلى أنّ النّوعين من الملک متباينان بتمام هويّتهما و فى كل واحد منهما أحد ركنى الاستصحاب منتف كما لا يخفى و على هذا فيمكن أن يكون وجه التأمّل فى كلام المصنف راجعا إلى ما ذكرنا لا إلى أنّه ليس للقدر المشترک أثر كما أشار إليه بعض المحشّين فإن جواز التصرف أثر للقدر المشترک بين اللّازم و الجائز

و بعضهم أرجعه إلى أنّ الشکّ هنا فى المقتضى فقاس الملک بالحيوان المردّد بين البق و الفيل و لا يخفى ضعفه فإنّ الشکّ فى المقتضى هو الّذى لم يحرز فيه عمر المستصحب بحسب أمد الزّمان كالمردّد بين البق و الفيل و أما الملک فإذا تحقّق فلا يرتفع إلّا بالرّافع و الشک فى تأثير الفسخ شک فى رافعيّه الموجود

قوله قدّس سره و يدل عليه مع أنّه يكفى فى الاستصحاب الشکّ فى أن اللّزوم من خصوصيات الملک أو من لوازم السّبب المملّک إلى آخره

لا يخفى أن بعض المحشّين أورد على هذا الكلام بأنّه كيف يكفى فى الاستصحاب الشکّ فى أنّ اللزوم من منوعات الملک أو من الأحكام الشرعيّه للسّبب المملّک و الحال أنّ مع هذا الشکّ ليس المستصحب محرزا

و فيه أن مرجع هذا الشکّ ليس إلى الشکّ فى الموضوع لأنّ القدر المشترک بين ما إذا كان الملک على قسمين و ما كان الحكم فى السبب المملّک على نحوين محرز قطعا و هو أصل تحقّق الملک فإن كلّ من أنشأ أمرا يتحقّق منشؤه خارجا بنفس إنشائه و تردّده بين الأمرين منشأ للشک فى بقائه فيستصحب

و لا يتوهّم أنّ الشکّ فى المقام نظير الشکّ فى الشبهات المصداقيّه و تقريب ذلک أنّه بعد ما ظهر فى وجه التأمّل خروج هذا القسم من الكلّى من عموم لا تنقض عقلا فإذا شکّ فى أنّ اللّزوم من خصوصيات الملک حتّى لا يجرى الاستصحاب بناء على عدم جريانه فى هذا النحو من الكلّى أو من لوازم السّبب الملک أى من الأحكام الشّرعيّه حتى يجرى فيشکّ فى أنّ المورد من موارد جريان الاستصحاب أو ليس موردا له و كلّ ما كان كذلک لا يجرى فيه الاستصحاب للشک فى كون المورد من مصاديق العام و هذا نظير اعتبار الاتّصال بين الشکّ و اليقين فإنه إذا شکّ فيه لا يجرى الاستصحاب و حكمه حكم العلم بالانفصال هذا ملخّص ما يتوهّم فى المقام

و دفعه واضح و حاصله الفرق بين المخصّص اللّفظى و المخصّص اللّبى و المخصّص فى المقام لبّى لأن عدم جريان الاستصحاب إنّما هو لاعتبار خروج عقد الحمل عن عقد الوضع عقلا لا لقصور فى اللّفظ فإذا أحرز هذا المانع لا يمكن إجراء الاستصحاب و أمّا إذا شکّ فيه فيؤخذ بالعموم و ليس من قبيل الشکّ فى الموضوع و الشبهه المصداقيّه

فالحق جريان الاستصحاب فی مورد الشكّ فی أن اللّزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السّبب المملّك هذا مع ما عرفت من أنّ الملك حقيقه واحده و إنّما الاختلاف من جهه حكم الشّارع فی الأسباب فإذا كان كذلك ففی مورد الشك يستصحب المنشأ بالعقد و لا يقال إنّ الاختلاف فی الأفراد أيضا كاف فی عدم جريان استصحاب نفس هذه الحقيقه الواحده كالفرد المردّد بين زيد و عمرو مع العلم بأنّه لو كان زيدا لم يبق يقينا لأنّا نقول فرق بين المقام و المثال

فإنّ زيدا و عمرا و إن كانا متّفقى الحقيقه إلّا أنّ الخصوصيّات الفرديّه دخيله فى الاستصحاب و هذا بخلاف المقام فإنّ الاختلاف ليس إلا من ناحيه حكم الشّارع فى بعض الأسباب باللّزوم و فى بعضها بالجواز كما يظهر من المراجعه إلى الأدلّه

قوله قدّس سره و بالجمله فلا إشكال فى أصاله اللّزوم فى كلّ عقد شكّ فى لزومه شرعا إلى آخره

لا يخفى أنّ مراده قدّس سره من كلّ عقد هو العقود العهديّه لا العقود الإذنيه فإنّها لا تجرى فيها أصاله اللّزوم لأنّ قوام هذه العقود بالإذن فإذا ارتفع بفسخ المالك و نحو الفسخ يرتفع المنشأ بها قطعا و لا يبقى شكّ حتّى يستصحب أثر العقد و المنشأ به و أمّا العهديّه فلا فرق فيها بين التنجيزيّه و التعليقيّه

و مناقشه المصنف قدّس سره فى جريان قاعده اللّزوم فى نحو السّبق و الرّمايه و الجعاله لو شك فى تأثير فسخ من جعل السّبق مثلا للسّابق قبل وصوله إلى المحلّ المعيّن غير جاريه لأنّ الاستصحاب فى هذه العقود كاستصحاب عدم النّسخ فى الأحكام و يا ليت أنّه قدّس سره عكس الأمر و ناقش فى جريان الاستصحاب التعليقى فى مثل الزّبيب و التمر لا فى العقود التّعليقيّه فإنها من قبيل القضايا الحقيقه فى الأحكام التكليفيّه و أوضحنا تنقيح ذلك فى الاستصحاب فراجع

و بالجمله لا إشكال فى جريان أصاله اللّزوم فى كل عقد شكّ فى لزومه و جوازه لشبهه حكميه و كذا فيما شكّ فى لزومه و جوازه لشبهه موضوعيّه كما لو شكّ فى أنّ الواقع فى الخارج هبه أو بيع مع العلم بكون الأوّل جائزا و الثّانى لازما نعم فى دوران الأمرين الوديعه و القرض لا يجرى أصاله اللّزوم لعدم إحراز تملّك من بيده المال فى وقت حتى يستصحب فمورد البحث هو العقود المملّكه المشكوك جوازها أو لزومها فمن يدعى اللّزوم هو المنكر لمطابقه قوله للأصل و احتمال كون المقام من باب التداعى إذا كان مصبّ الدّعوى تعيين العقد الواقع فى الخارج كما يظهر من صاحب الجواهر قدّس سره تبعا لبعض من تقدّم عنه و تبعه السيد الطّباطبائى فى حاشيته على المتن و فى بعض كلماته فى كتاب القضاء احتمال لا يعتنى به كما أوضحناه فى كتاب القضاء

و إجماله أنّ باب التداعى هو ما كان قول كلّ منهما مطابقا للأصل أو مخالفا و أمّا إذا كان قول أحدهما مطابقا للأصل دون الآخر فهو باب المدّعى و المنكر و كيفيّه تحرير الدعوى لا أثر لها بل المدار على الغرض منها على وجه يرجع إلى أثر عقلائى كتأثير الفسخ أو اشتغال ذمه الآخر أو نحو ذلك لا إلى مجرّد إثبات أنّ العقد صلح بلا عوض أو هبه غير معوّضه و إلّا لا تسمع هذه الدّعوى رأسا فإنّها كدعوى أن بر إفريقيا كذا مساحه

ثم لا يخفى أنّ النّزاع تاره فى اللّزوم و الجواز و أخرى فى الضّمان و عدمه ففى الأوّل المنكر هو مدّعى اللّزوم و فى الثانى المنكر هو مدعى الضّمان على المشهور و المختار خلافا لمن تمسّك بأصاله البراءه و ذلك لأنّ مقتضى قاعده اليد مع أصاله عدم إقدام مالكه الأصلى على المجانيّه هو الضّمان فإن موضوع الحكم مركّب من عرضين لمحلّين و هو اليد على ملك الغير المحرز بالوجدان مع عدم إقدام مالكه على التبرّع المحرز بالأصل فإذا تمّ الموضوع يترتّب عليه الحكم و هو الضّمان

و قد بيّنا فى الأصول أنّ التمسك بقاعده على اليد للحكم بالضّمان فى موارد الشكّ فى المجانيه و رافع الضّمان ليس من باب

التمسّک بالعموم فی الشبهات المصداقیّه و لا من باب قاعده المقتضی و المانع و لا من باب استصحاب العدم النعتی فی حال عدم الموضوع بل لما ذکرنا من أنّ الضّمان مترتّب علی وضع الید علی مال الغیر مع عدم إحراز المجانیّه الذی هو العدم النّعتی حال وجود الموضوع فإنّ التبرّع و التّضمین من نعوت المالک فلو لم یکن متبرّعا فی وقت یستصحب عدم التبرع و لا یعارض بأصاله

عدم قصد التضمين فإنّ ضمان مال الغير لا يتوقف على القصد فتدبّر جيدا

و يظهر من السيد الطباطبائى فى كتاب القضاء من العروه أنه لو كان محلّ النزاع هو البيع أو الهبه فالأصل البراءه و أمّا لو كان النّزاع فى إذن المالك فى التصرّف فى ماله مجّانا أو مع العوض فالأصل الاشتغال لجريان قاعده احترام مال المسلم فى الثّانى دون الأوّل للاتّفاق على حصول الملك للتصرّف فى هذه الصّوره

و لكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمين فإنّ فى الأوّل و إن اتّفقا على كون المال ملكا للمتصرّف إلّا أنّه علم كونه ملكا لغيره سابقا فمع عدم إحراز المجانيه يقتضى أن لا يخرج عن ملكه بلا عوض هذا مع أن فى مورد بقاء العين لا أثر لدعوى مدعى الهبه للعلم الإجمالى إمّا بتأثير فسخ الواهب لو كان مدعى الهبه متّهبا واقعا و إما بضمانه لو كان مشتريا

قوله قدس سره و يدلّ على اللّزوم و مضافا إلى ما ذكر عموم قوله النّاس مسلّطون على أموالهم إلى آخره

لا يخفى تماميّه الاستدلال بهذه المرسله المعروفه بين الفريقين و بالآيتين أمّا المرسله فلأنّ مقتضى السّلطنه التامه للمالك على ماله أن يجوز له جميع أنحاء التصرّفات المباحه فى ماله و قصر سلطنه الغير عنه فالخبر الشّريف متضمّن لعقدين إيجابى و سلبى و لو لم يكن مفيدا للعقد السّلبى فلا يكون مثبتا للسّلطنه التامّه للمالك فاسترجاع المال عنه بلا رضى منه بفسخ و نحوه مناف لسلطنته

و المناقشه فى العقد الإيجابى فضلا عن السّلبى بتقريب أنّ الرّوايه فى مقام بيان عدم محجوريّه المالك لا فى نفوذ جميع تصرفاته ما غير مسموعه فإنّه لا قصور فى عموم النّاس و لا فى إطلاق السّلطنه و مقتضى مقابله الجمع بالجمع أن يكون كلّ أحد مسلّطا على ماله بأىّ نحو من أنحاء السّلطنه و من أنحاء السّلطنه منع الغير عن التصرّف فى ماله و لا يقال إنّ سلطنه المالك لا ينافى الخيار بناء على كونه متعلّقا بالعقد لا بالعين

فإنّا نقول و إن كان الخيار على المختار متعلقا بالعقد دون العين إلّا أن تعلّقه به طريقىّ لا موضوعىّ لأنّه متعلّق به طريقا لاسترجاع العين فبالأخره إذا كان لغير المالك حقّ استرجاع العين يستلزم أن يكون سلطنه المالك ناقصه و بالعموم ندفع هذا الحقّ أيضا

ثم إنّ ممّا ذكرنا فى تقريب الاستدلال ظهر أنّ التمسّك به لأصاله اللّزوم ليس من قبيل التمسّك بالعام فى الشبهه المصداقيّه بأن يقال مع الشكّ فى تأثير الفسخ يشكّ فى بقاء الإضافه فالتمسّك به من التمسّك بالعام مع الشكّ فى المصداق و ذلك لأنّ العموم يرفع الشكّ فى تأثير الفسخ لتنافى تأثيره مع العقد السّلبى فإن مقتضى السّلطنه التامه أن لا يكون لغيره التملّك منه

نعم التمسّك به فى الشبهات الموضوعيّه تمسّك بالعام فى الشّبهه المصداقيّه فإنّه مع الشكّ فى أنّ الواقع بيع أو هبه لا يمكن رفع الجواز بعموم النّاس مسلّطون لاحتمال كونه من مصاديق ما ثبت فيه شرعا سلطنه غير المالك على ملك المالك و هذا بخلاف الشّبهه الحكميه و الفرق بينهما واضح فإن مرجعهما إلى الشكّ فى أصل التّخصيص و الشكّ فى مصداق المخصّص

و أمّا الآيتين فآيه التّجاره عن تراض إفادتها اللّزوم حتّى فى المعاطاه ظاهره سيّما بناء على ما تقدم من جعل الاستثناء متّصلا بأن يكون مفادها لا تتصرفوا فى أموالكم بنحو من الأنحاء فإنّه باطل إلّا بالتكسّب عن الرّضا فبدون رضاء المالك لا يمكن التصرّف فى ماله إلّا فى المورد التى رخّص الشّارع التصرّف فيها

و أمّا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فدلالتها على اللّزوم فيما عدّ عقدا لا إشكال فيه سواء قلنا بأنّ الملكيّه و نحوها من الأحكام الوضعيّه كاللزوم فى المقام

منتزعه عن الحكم التّكليفى كما هو مختار المصنف أو قلنا بتأصّلها فى الجعل و انحصار الانتزاعيّه فى الشرطيّه و الجزئيّه و المانعيّه و السّببيّه على ما هو المختار و سيجى ء فى أوّل الخيارات توضيح ذلك

و إجماله أنّه بناء على التأصّل فمفاد قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أنّ العقد لازم لا ينحلّ فيكون الأمر فيه إرشادا إلى هذا المعنى و كنايه عنه و أمّا بناء على الانتزاعيّه فمفاده وجوب الوفاء بكلّ عقد فى كلّ زمان بالنّسبه إلى كل طار فإذا كان مطلقا بالنّسبه إلى جميع الأزمنه و بالنسبه إلى كلّ زمانى فلازمه بقاء وجوب الوفاء حتى بعد الفسخ و لازمه عدم تأثير الفسخ

و لا يقال إذا بقى العقد يجب الوفاء به مطلقا و مع الشكّ فى بقائه لاحتمال تأثير الفسخ فلا موضوع حتّى يجب الوفاء به لأنّا نقول بناء على الانتزاعيّه لا بدّ أن يكون الحكم التكليفىّ المتأصّل على نحو يناسب انتزاع اللّزوم منه و المناسب له أن يتعلّق الوفاء بالمعنى المصدرى أى الالتزام و التّعقيد و لا العقده و الملتزم به فإذا كان الالتزام بما التزم به واجبا فمعناه أن كلّ واحد من المتعاقدين ليس مالكا لالتزامه الّذى ملك صاحبه

و بالجمله دلاله الآيه على اللّزوم فى المعاملات اللّفظيّه لا إشكال فيها كما لا إشكال فى عدم دلالتها عليه فى المعاطاه لعدم إمكان إفادتها له ثبوتا مضافا إلى قيام الإجماع على الجواز و مخالفه المفيد قدس سره غير معلومه و المصنف قدس سره و إن استشكل فى هذا الإجماع بأنّ قول الأكثر بعدم اللّزوم من باب عدم التزامهم بإفادتها الملكيه إلّا أنّه قدس سره أجاب عنه بالإجماع المركّب فإنّ أصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللّازم قول ثالث لأنه مخالف للإجماع البسيط المتحصّل من المركّب فإنّ مرجع القولين إلى عدم إفادتها اللّزوم

و إشكاله عليه بقوله فتأمل الرّاجع ظاهرا إلى عدم جامع بين السّالبه بانتفاء الموضوع و السّالبه بانتفاء المحمول حتّى يكون هذا الجامع متّفقا عليه بين الفريقين غير وارد فإنّ مجرّد عدم وجود الجامع بين السّالبتين لا يضرّ بالإجماع لإمكان قيامه على عدم إفاده المعاطاه اللّزوم

و كيف كان فالحقّ عدم إمكان إفادتها له ثبوتا و ذلك لأنّ اللّزوم المتصوّر فى باب العقود على قسمين لزوم حكمىّ تعبّدى و لزوم حقّى فالأوّل كما فى باب النّكاح و الضمان و الهبه لذى الرّحم و نحو ذلك من القربات الّتى لا رجعه فيها فإنّ فى باب النّكاح مثلا يستكشف من عدم صحّه الإقاله و عدم صحّه جعل الخيار لأحد الزّوجين أنّ اللزوم فيه حكم شرعىّ تعبّدى من لوازم ذاته و يقابله الجواز فى الهبه لغير ذى رحم فإنّه أيضا حكم تعبّدى و إلّا كان قابلا للإسقاط و الثّانى كما فى باب العقود المعاوضيّه اللفظيّه تنجيزيّه كانت كالصّلح و البيع و الإجاره أو تعليقيه كالسّبق و الرّمايه فإنّ بقوله بعت ينشأ أمران

أحدهما مدلول مطابقى للّفظ و هو تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله الّذى ينشأ بالفعل أيضا لأنّه أيضا مصداق لعنوان البيع بالحمل الشّائع الصّناعى و ثانيهما مدلول التزامىّ له و هو التزامهما بما أنشئا و هو يختصّ بما إذا أنشأ التبديل باللّفظ دون الفعل فإنّ الدّلاله الالتزاميّه بحيث يرى فى العرف و العاده ملازمه بين تبديل طرف إضافه بمثله و التزام البائع بكون المبيع بدلا عن الثمن و التزام المشترى بكون الثمن عوضا عن المثمن تجرى فى اللفظ

و أمّا الفعل فقاصر عن إفاده هذا المعنى فإنّ غايه ما يفيده هو تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله إذا قصد منه و أمّا التزام البائع ببقاء بدليّه المبيع للثمن فليس الفعل دالا عليه

فلو فرض أنّ المتبايعين قصدا التبديل و قصدا بقاءه على ما هو عليه فحيث إنّ البناء القلبى فى باب العقود لا أثر له إلّا إذا أتى بما هو مصداق لهذا العنوان و ليس الفعل مصداقا لهذا فلا أثر له فعلى هذا لا يمكن ثبوتا أن يفيد الفعل الالتزام العقدى بل هو خارج بالتخصّص عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّ العقد إنّما يسمّى عقدا لكونه مفيدا للعهد المؤكّد و الميثاق و التعهّد و الفعل قاصر عن إفاده هذا المعنى

نعم يمكن إيجاد هذا المعنى بالفعل أيضا إلّا أنّه لا بالتّعاطى بل بالمصافقه و نحوها و أمّا باب الألفاظ فحيث إنّ الملازمات العرفيّه من أنحاء المدلولات و العرف يرى من أوجد البيع بلفظ بعت أنّه التزم ببقائه على ما أنشأه فيمكن أن ينشأ بلفظ بعت معنيان أحدهما نفس التّبديل و ثانيهما التزامهما بما التزما به من التّبديل

ثم إنّ هذا اللزوم العقدى حقّ مالكى أمضاه الشّارع بقوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّه إذا كان من منشئات المتعاقدين لا من التعبّد الصرف يصير حقّا مالكيا و لذا يجرى فيه الإقاله و حقّ الفسخ فإنّه لو كان اللّزوم من لوازم ذات المنشأ لما صحّ جعل الخيار فى مقابله سواء كان بجعل شرعىّ كخيار الحيوان و المجلس أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشّرط

و على هذا فأصاله اللزوم المستفاده من العمومات مثل قوله ص النّاس مسلطون و قوله ع لا يحلّ و قوله ع البيعان بالخيار و قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ و قوله إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ تختصّ بالعقود اللّفظيّه و لا تشمل المعاطاه تخصّصا

أمّا آيه أَوْفُوا فواضح لما ذكرنا من أنّها ليست عقدا و أمّا البيعان بالخيار فلأنّ اللّزوم الحاصل بالافتراق حيث إنّه جعل مقابلا للخيار فيختصّ بالبيع الّذى كان الالتزام الحاصل منه من منشئات المتعاقدين و أمّا سائر الأدلّه فحيث إن المستفاد منها ليس اللّزوم الحكمى بل اللّزوم الحقّى فلا تشمل المعاطاه فعلى هذا لا يكون المعاطاه لازما لا بجعل شرعىّ تعبّدى و لا يجعل شرعىّ حقّى فيكون جائزا بمعنى عدم تحقّق موجب اللّزوم

و على هذا فالجواز على أقسام ثلاثه الجواز الحكمى التعبّدى كالهبه و الجواز الحقى كالبيع الخيارى و الجواز من جهه عدم تحقّق منشإ اللّزوم كالمعاطاه

ثم إنّه لا تنافى بين كون اللّزوم من مقتضيات ذات النّكاح و الضّمان و بين ثبوت خيار الفسخ فى بعض الموارد كالعيوب فى الرّجل و المرأه و اشتراط بنت المهيره فى النّكاح و إعسار الضّامن مع عدم علم الدائن فى باب الضّمان و ذلك لإمكان التّخصيص فإنّ كلّ حكم تعبدى قابل للتّخصيص

و بالجمله لو كان الالتزام فيهما حقيّا و من منشئات المتعاقدين لم يختصّ الخيار بمورد خاص بل صحّ جعل الخيار مطلقا لأنّه لو كان منشأ اللّزوم التزام المتعاقدين لصحّ جعل ملكيه كلا الالتزامين لأحدهما أو لكليهما و لصحّ الإقاله منهما فمن عدم صحّه جعل الخيار و عدم جواز الإقاله يستكشف أنّ اللّزوم حكمى

[بقی الكلام فی الخبر الّذی تمسّک به فی باب المعاطاه]

قوله قدس سره بقی الكلام فی الخبر الّذی تمسّک به فی باب المعاطاه إلی آخره

لا يخفی أنّ قوله ع إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام حيث إنّه ورد فی باب شراء الشّی ء ممّن ليس مالكا له و فی باب المزارعه فلا بدّ أن يكون له معنی يمكن تطبيقه علی كلا البابين بحيث يكون كبری كلّيّا لهما و إلّا يلزم خروج المورد فيجب أولا بيان محتملات هاتين الكلمتين فی حدّ ذاتهما ثم تطبيقهما علی محلّ ورودهما

فنقول الوجوه المحتمله خمسه الأوّل أن يكون المراد انحصار المحلّل و المحرّم باللّفظ دون القصد المجرّد و دون الفعل مع القصد و بناء عليه يلزم عدم إفاده المعاطاه

للإباحه و التّمليك الثّانى أن يكون المراد أنّ المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الألفاظ المفيده له مثلا البينونه تتحقّق بقوله أنت طالق دون أنت بريّه و علقه الزّوجيّه تحصل بقولها متّعتك دون سلّطتك على بضعى و هكذا و حاصل هذا المعنى أنّه يختلف الحكم باختلاف الأداء و التّعبير و إن كان كلّ واحد من اللّفظين بمعنى واحد

و الثّالث أن يكون المراد أنّ الكلام الواحد قد يكون محلّلا إذا صدر فى محلّ و قد يكون محرّما إذا صدر فى محلّ آخر مثلا عقد النّكاح يكون محرّما إذا كان العاقد محرما بخلاف ما إذا كان محلّا و أمّا ما أفاده فى المتن باعتبار الوجود و العدم ففى غايه البعد

الرّابع أن يراد منه أنّ العباره الواحده تختلف حكمها باعتبار قصد الإنشاء منها أو صرف المقاوله و المواعده مثلا بناء على صحّه النّكاح بلفظ أزوّجك فإذا وقع هذا اللّفظ فى زمان العدّه بقصد إنشاء التّزويج فيحرم و إذا وقع مواعده فلا يحرم و هكذا فى الشّراء من الدلّال فإذا أنشأ الدلّال البيع قبل أن يشتريه من مالكه يحرم و إن كان مقاوله يحلّل أى لا يحرم و بعباره أخرى يراد من الكلام المحلّل الإخبار و المقاوله و من المحرّم الإنشاء و إيجاب البيع

الخامس أن يراد من الكلام نفس معنى اللّفظ لا اللّفظ بمعناه فيصير حاصله أنّ البيع قبل الشّراء محرّم و بعده محلّل و هكذا فى باب المزارعه جعل شى ء بإزاء البقر و البذر محرم و جعله بإزاء عمل الزّارع محلّل ثم إنّ المعنى الأوّل لا ينطبق على باب المزارعه فإنّ الظّاهر من الكلام فى الفقرتين أنّ المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف التّعبير فإذا جعل فى مقابل البذر و البقر شيئا يفسد و إذا جعل بإزاء عمل العامل يصحّ مع أنّ المقصود واحد فى الحقيقه فإن العامل لو لم يكن منها البذر و البقر لا يجعل بإزاء عمله هذا المقدار

و ما يقال من كون المراد منهما فى باب المزارعه أن القصد لا يؤثر بدون الإنشاء اللّفظى و إنّما المؤثر هو الإنشاء فخلاف الظّاهر لأن مع فرض الإنشاء على نحوين أجاب الإمام عليه السّلام بأن أحدهما محرّم فالظّاهر من الكلام فى كلا البابين هو المعنى الثّانى و هو أنّ الغرض الواحد و هو الرّبح فى باب البيع و جعل العوض للبذر و البقر فى باب المزارعه لو عبر عنه بكلام خاصّ يفسد و لو عبّر عنه بكلام آخر يصحّ و هذا لا يدل على اعتبار اللّفظ فى الصّحه و الفساد لعدم كونه ناظرا إلى هذه الجهه أو المعنى الثالث بناء على ما احتماله المصنف

من أنّ المحلّليّه بالكلام باعتبار عدم البيع قبل الشّراء و باعتبار عدم الجعل للبذر و المحرميه به باعتبار البيع و الجعل للبذر و هذا الاحتمال و إن كان جامعا بين البابين إلّا أنّه لا يخفى ضعفه لأنّ نسبه المحلليّه إلى عدم الشّى ء لا تصحّ فإن العدم لا يؤثّر فى الصحه و لو أمكن التّفكيك فى معنى الفقرتين بين البابين لكان الأنسب بالنّسبه إلى الشّراء من غير المالك هو المعنى الرّابع بأن يكون الألف و اللّام للعهد أى يحلّل الكلام و هو المقاوله و يحرم الكلام و هو البيع

و على أىّ تقدير لا تدلّ الروايه على اعتبار اللّفظ فى المعاملات إلّا أن يقال كما أفاده المصنف قدس سره أنّ هذه الفقره على أىّ حال تدلّ على انحصار المحلّل و المحرّم باللّفظ و إن لم يستظهر منه المعنى الأوّل و ذلك لأنّه لو انعقد البيع بالمعاطاه لم

يصح حصر المحرّم بالكلام لإمكان بيع ما ليس عنده بالمعاطاه

و لكنّه قدس سره أجاب عن هذا الإشكال بأنّ وجه انحصار المحرّم بالكلام فى هذه المورد من باب عدم إمكان المعاطاه إذ المبيع ليس عند الدلّال ثم أمر بالتأمّل و وجهه

ظاهر و هو أولا إمكان كون المبيع عند الدلال فيبيعه من المشترى ثم يشتريه من مالكه و ثانيا كفايه التّعاطى من طرف واحد

و كيف كان فلا يخفى أنّه على فرض إفاده الرّوايه للحصر فالحصر إضافى لأنّ حصر المحلّل بالكلام إنّما هو بالنسبه إلى إيجاب المبيع قبل الشّراء و كذا حصر المحرّم بالكلام إنّما هو بالنّسبه إلى المقاوله لا عدم تأثير الفعل رأسا

و بعباره أخرى إذا كان مفاد الرّوايه حصر كلّ من المحلّل و المحرم بالمقاوله و البيع أى كلّ واحد بالنسبه إلى الآخر لا حصر أصل المحلّل و المحرّم باللّفظ فلا يمكن التمسّك بها لبطلان المعامله المعاطاتيّه لعدم استفاده عدم تأثير الفعل مع القصد منها لعدم كونها ناظره إليه

[و ينبغى التّنبيه على أمور]

[الأوّل الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]

قوله قدس سره و ينبغى التّنبيه على أمور الأوّل إلى آخره-

مقصوده قدس سره من هذا التّنبيه أمران أحدهما بيان اعتبار جميع شروط البيع العقدى فى المعاطاه مطلقا أو عدمه مطلقا أو التّفصيل و الثّانى لحوق أحكام البيع لها و عدمه ففيه مقامان

أمّا المقام الأوّل فالحقّ اعتبارها فيها مطلقا أمّا على المختار من إفادتها التمليك فلأنّها بيع عرفا فيشترط فيها ما يشترط فى البيع و دعوى انصراف البيع إلى البيع العقدى فتختصّ شروط البيع به غير مسموعه لأنّ الانصراف إنّما يتمّ إذا كان صدق المفهوم على المعاطاه ضعيفا بحيث تكون خارجه عن حقيقه البيع بنظر العرف واقعا و لا شبهه أنّها ليست كذلك

و بالجمله اختصاص الأدلّه الدالّه على اعتبار الشّروط فى العوضين أو المتعاقدين بالبيع المنشإ باللّفظ لا وجه له و أمّا بناء على القول بالإباحه فعلى ما اختاره صاحب الجواهر من أنّ إفادتها الإباحه إنّما هى فى صوره قصد الإباحه فلأنّه لو كان الدليل على صحّه الإباحه بالعوض هو قوله ع النّاس مسلّطون على أموالهم لكان إطلاقها مفيدا لصحّتها و لو مع فقد الشّرط و أمّا بناء على ما تقدم و سيأتى من أنّ قوله ع النّاس مسلّطون ليس ناظرا إلى باب الأسباب و لا يدل على مشرعيّه صاحب المال و تسلّطه على الأحكام فينحصر دليلها بالسّيره و لا خفاء أنّ المتيقّن منها صوره استجماع المعاطاه لجميع ما يعتبر فى البيع إلّا الصّيغه

و أمّا على ما وجّهنا به قول المشهور من أنّ المتعاطيين و إن قصدا التّمليك و لكن حيث إنهما يوجدان مصداق التّسليط فيترتّب عليه الإباحه فلأنّ دليل صحتها أيضا هو السّيره و المتيقّن فيها صوره استجماعها لجميع الشّرائط و أمّا على ما يستفاد من كلام الشّيخ الكبير و اعترف به المصنف فى المتن من أنّ المتعاطيين يقصدان التّمليك و يوجدان مصداق هذا العنوان و إنّما حكم الشّارع بالإباحه تعبّدا على خلاف ما قصداه فلأنّ الدّليل على ذلك إما السيره أو الإجماع و هما يقتضيان الصّحه فى مورد استجماع جميع شروط البيع

و بالجمله سواء قلنا بأنّ المعاطاه بيع أو معاوضه مستقلّه كما ذكره الشّهيد قدس سره فى موضع من الحواشى فالحق اعتبار جميع الشّروط فيها

ثم إنّه قد ظهر سابقا أنّ الوجه الأخير و هو حكم الشّارع بالإباحه تعبّدا على خلاف ما قصده المتعاطيان و إن كان مستبعدا كما عدّه الشّيخ الكبير من مستبعدات ما اختاره المشهور و لم يكن و نقوض المصنف قدس سره عليه واردا إلّا أنه بناء على كون مقصود المشهور هذا الّذى استفاده الشيخ الكبير لا ما وجّهنا به مقصودهم فاعتبار الشّروط فيها أيضا ممّا لا إشكال فيه مع أنّه يمكن توجيه آخر لكلامهم بحيث لا يرد عليه هذا الإشكال و هو أنه يمكن أن يجعل الشّارع لحصول الملك شرطا آخر و هو التصرّف أو التّلف و نحو ذلك من الملزمات كما اعتبر لحصوله القبض فى الصّرف و السّلم فقول المشهور بالإباحه إنّما هو قبل الأول إلى البيع

أی قبل حصول الشّرط فعلی هذا إذا قصد المتعاطیان التّملیک و أوجد المصداق هذا العنوان و اعتبر شرعا فی تحقّقه شرط متأخّر و هو التصرّف أو التّلف کشرطیّه القبض فی حصول الملکیّه فی الصرف و السّلم فلا ینخرم قاعده العقود تابعه للقصود و علی هذا فاعتبار الشّروط أیضا لا إشکال فیه لأنّها بیع فیعتبر فیها ما یعتبر فیه

و کیف کان حیث إنّه لا دلیل علی صحّتها إلّا أدلّه البیع أو الإجماع و السیره فیقتضی اعتبار جمیع ما اعتبر فی البیع بالصّیغه فتدبّر جیدا

و أمّا المقام الثّانی فالحقّ فیه هو التّفصیل فیجری فیها الربا سواء قلنا بکونها مفیده للملک أو الإباحه لأنّ الربا یجری فی جمیع المعاوضات بل فی الغرامات و کذلک یجری فیها الانفساخ بالتلف قبل القبض لما سیجی ء من أنّ هذه القاعده و إن استفیدت من النّص و هو یختصّ بتلف البیع إلّا أن الأقوی أنّها لیست تعبّدیه صرفه بل منطبقه علی القاعده و منشؤها التزام المتعاملین بالتّسلیم ضمنا فإذا امتنع التّسلیم تنفسخ المعامله فعلی القول بالإباحه أیضا تنفسخ المعاوضه بل الانفساخ هنا أولی لأن المعاوضه المفیده لإباحه العوض المسمّی قوامها بوجود المباح فلو تلف لا یبقی مورد للإباحه تعلّق الإباحه بالمثل أو القیمه لا وجه له و أمّا لحوق الخیارات لها فتاره یتکلّم فیه قبل اللّزوم و أخری بعده

أمّا قبل اللزوم فالأقوی عدم جریان الخیارات مطلقا سواء قلنا بالملک أو الإباحه لأنّ الخیار هو ملک التزام نفسه مع کونه مالکا لالتزام طرفه و بعباره أخری أثر إقاله الطّرفین یملکه ذو الخیار فهو مالک لکلا الالتزامین و مالکیّه الالتزام إنّما تجری فی العقد دون الفعل الّذی لا ینشأ به إلّا تبدیل طرف الإضافه دون البقاء علی هذا التبدیل و الالتزام به

و بالجمله بعد ما عرفت أنّ الجواز فی المعاطاه من باب عدم تحقّق الملزم فلا یجری فیها الخیار لأنّه مقابل للالتزام العقدی فلو لم یکن التزام فلا خیار نعم بناء علی ما وجّهنا به الإباحه علی القول المشهور یمکن جریان الخیارات مطلقا علی القول بالإباحه و ذلک لأنّ حکم المعاطاه قبل الملزمات حکم بیع الصرف و السّلم قبل القبض و مجرّد جواز الرد لا یمنع عن جریان الخیار حتّی مثل خیار المجلس و الحیوان لأنّها بناء علی هذا بیع یفید الإباحه شرعا قبل الملزمات فإذا کانت بیعا فیدخل فیها الخیار و لو کان مبناها علی الجواز قبل الملزمات فإنّ جوازها من وجه لا ینافی جوازها من وجه آخر و أمّا حکم الخیار بعد الملزمات فسیأتی إن شاء اللّه بعد ذکرها

[الأمر الثّانی أنّ المتیقّن من مورد المعاطاه هو حصول التّعاطی فعلا]

قوله قدس سره الأمر الثّانی أنّ المتیقّن من مورد المعاطاه هو حصول التّعاطی فعلا من الطّرفین إلی آخره

لا یخفی أنّه لم یرد المعاطاه فی نصّ أو معقد إجماع حتی یقال إنّ المتیقّن من موردها ما إذا کان التعاطی من الطّرفین دون ما إذا کان الإعطاء من طرف و الأخذ من الطّرف الآخر فالمدار علی إمکان إنشاء عنوان البیع أو الإجاره و نحوهما بالفعل من طرف واحد أم لا و ذلک لما أشرنا إلیه سابقا و سیجی ء فی طیّ المباحث الآتیه أنّ المناط فی تحقّق عنوان عقد من العقود

بالفعل كون الفعل مصداقا لهذا العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشّائع الصّيناعى كحمل الإنسان على زيد و أمّا مجرد قصد عنوان من الفعل من دون أن يكون هذا الفعل عرفا من مصاديق هذا العنوان فلا أثر له فى باب العقود لأنّ عناوين العقود من المنشئات و المنشأ إنّما يتحقّق بما هو آله لإنشائه

و من هنا يظهر أن مثل الصّلح و الهبه المعوّضه و النّكاح و الضّمان و نحو ذلك

لاـ يمكن إيجاده بالفعل لعدم وجود فعل يكون مصداقا لهذه العناوين فقصد إيجادها بالفعل لا يفيد إذا عرفت ذلك فعمده الإشكال فى جريان حكم المعاطاه فى الإعطاء من طرف واحد أنّ الإعطاء كذلك ليس مصداقا لخصوص تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله الّذى يسمّى بيعا و إن قصد به التّعويض بالثّمن الكلّى أو الشّخصى و أخذ الآخر المثمن بقصد القبول و أعطى الثّمن بعد ذلك بعنوان الوفاء لأنّ نسبه هذين الإعطاءين إلى البيع و الهبه المعوّضه متساويه و مجرّد مقاولتهما على كونه بيعا و قصدهما البيع من إيجاد الفعل لا يفيد بعد عدم كونه مصداقا له

و بالجمله حيث إنهما فى مقاولتهما عينا عوضا معيّنا كليّا كان أو شخصيّا فيخرج هذا الإعطاء عن عنوان القرض لأنّ العوض فيه هو المثل أو القيمه إلّا أنّه لاـ وجه لخروجه عن الهبه المعوّضه لأنّها ليست إلّا هبتان مستقلّتان و تمليكان مجانيان و فى المقام يمكن ذلك فجعله مصداقا للتبديل الملكى فى غايه الإشكال و لا يقاس الإعطاء من طرف واحد بالإعطاء من الطّرفين و يقال كيف يستفاد البيع من إعطاء الطّرفين مع أنّه يمكن أن يكون هبه معوّضه و ذلك للفرق بينهما فإنّه لو كان فى البين تعاط فنفس هذا التبديل المكانى بطبعه الأصلى تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتبارى بطرف إضافه أخرى و المفروض أنّهما قصدا به التّبديل البيعى و أوجد ما هو مصداق له فإخراجه عن البيع و إدخاله فى الهبه المعوّضه يحتاج إلى مئونه زائده و هذا بخلاف ما إذا كان الإعطاء من طرف واحد فإنه ليس هناك تبديل خارجىّ حتى يكون قصد إنشاء التبديل الاعتبارى منه كافيا

ثم إنّه يقوى الإشكال فيما لم يكن الإعطاء و الأخذ من طرف واحد أيضا بل كان مجرّد إيصال الثّمن و أخذ الثمن كوضع الدّراهم فى دكان صاحب المخضرّ و أخذ المخضرّ بدلا عنها مع غيبه صاحبه و لا يمكن تصحيحه بكونه وكيلا من الطّرفين فى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معيّنا

نعم لو قلنا أنّ البيع هو اسم المصدر لا المصدر صحّ عدّه بيعا لأن نتيجه الإعطاء من الطّرفين وصول العوضين إلى المالكين إلّا أنّ هذا فرض لا واقع له لأنّ البيع يتحقّق بإنشائه بالفعل أو القول و مجرّد وصول كل عوض إلى مالك الآخر ليس بيعا و لو قصد من الإيصال تبدل أحد طرفى الإضافه بمثله لأنّ القصد المجرّد أو القصد مع إيجاد غير مصداق ما هو المقصود لا أثر له فالالتزام بكونه إباحه بالعوض و أنّ الدّليل عليه هو السيره فى خصوص المحقّرات لا بأس به لعدم دليل على انحصار باب المعاوضات بالعناوين الخاصّه

ثم إنّ الأقوى إشكالا منه ما إذا لم يكن وصول أيضا كما إذا تقاولا على مبادله شى ء بشى ء و تلفّظا بالألفاظ الغير المعتبره فى العقد بأن تكون المعامله بنفس هذه المقاوله لا بالإعطاء الواقع بعدها بل كان وفاء بالمعامله

و وجه الإشكال أنّ المقاوله ليست إلّا التّبانى على أمر و مجرّد التبانى ليس بيعا نعم لو أنشأ بهذه الألفاظ مصداق التّبانى بحيث يخرج عن البناء القلبى و الإخبار و الوعد فالصّواب أن يقال إنّها مصالحه لعدم اعتبار لفظ خاص فى الصّلح و كون حقيقته هو التّسالم على أمر و يدلّ عليه الخبر الوارد فى قول أحد الشّريكين لصاحبه لک ما عندک و لى ما عندى فإنه محمول على الصّلح لأن المنشأ فى الصّلح هو التبانى على أمر و التّسالم عليه فتأمل

[الأمر الثّالث تعين البائع عن المشتري]

[الأمر الثالث تميز البائع من المشتري]

قوله قدس سره الثّالث تميز البائع من المشترى إلى آخره

محصّل هذا التّنبيه أنه لو كان أحد المالين اللّذين

وقع التبديل بينهما من الأثمان و الآخر من المعروض فصاحب الثمن هو المشترى و لو كان كلّ منهما من الأثمان فالمشترى هو المعطى ثانيا و لو كان كل منهما متاعا فتمييز البائع من المشترى من وجهين

أحدهما ما تقدم و هو كون المعطى أولا- هو البائع و التّالى هو المشترى و ثانيهما من قوم متاعه بثمن و أعطى لكونه يسوى بدرهم كذا فهو المشترى و البائع من لم يلاحظ ماله مقوما بقيمه خاصّه و لو لم يكن كل ذلك و لا قصد و لا سبق مقاوله يدلان على كون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا ففى كونه بيعا و شراء بالنّسبه إلى كلّ منهما أو كونه مصلحا أو معامله مستقلّه وجوه و الأقوى عدم صحّتها

أمّا الأوّل فإنّ فى المعامله الواحده لا يمكن أن يكون كل واحد منهما بائعا و مشتريا لما عرفت من أنّ البيع تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله و البائع ينشئ التّبديل و المشترى يقبل ذلك و إذا فرضنا أنّ الفعلين وقعا دفعه واحده و أنّ المالين كلّا منهما من الأثمان أو من العروض و لم يكن سبق مقاوله منهما فى تمييز البائع عن المشترى فلا بدّ أن يكون هناك معامله واحده قائمه بصرف الوجود من تبديل أحدهما و قبول الآخر و صرف الوجود يتحقّق بأحدهما من دون ميّز بينهما لا ظاهرا كما هو ظاهر و لا واقعا لعدم خصوصيّه فى أحدهما دون الآخر

و بالجمله التبديل بين المالين لا يتصوّر فيه أن يكون كل واحد بائعا و مشتريا من جهه إذ بعد حصول الإيجاب من أحدهما لا على التّعيين و القبول من الآخر كذلك لا يبقى محلّ للإيجاب و القبول مرّه أخرى فإنّه تحصيل للحاصل و المفروض أنّه لم يقع هناك إقاله منهما حتى يحصل البيع ثانيا و أمّا كونه صلحا فهو موقوف على أن يكون قصدهما من الإعطاء و الأخذ هو التّسالم لا البيع و على هذا لا وجه لكونه معامله مستقلّه لأن مع قصدهما التبديل لا يكون إلّا بيعا فالحقّ كون أحدهما لا على التّعيين بائعا و الآخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا فلا يترتّب على كلّ منهما الآثار الخاصه الثّابته للمشترى و البائع

[الأمر الرابع أن أصل المعاطاه و هى إعطاء كل منهما الآخر ماله]

قوله قدس سره الأمر الرابع أن أصل المعاطاه و هى إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل فى كلامه هو أن يقصد المتعاطيان البيع و الشراء بأن يقصد أحدهما تبديل ماله بمال الآخر الّذى هو بيع حقيقه و بقصد الآخر تملك ما أعطاه البائع مطابقه الّذى لازمه تمليك ماله للبائع

ثم لا- يخفى أنّه بناء على ما أفاده من أنّ الإيجاب و القبول يتحقّق بدفع العين أوّلا من البائع و قبضها من المشترى و خروج ما يدفعه المشترى ثانيا و يقبضه البائع عن حقيقه المعاوضه فيلزمه أن يكون المعامله حاصله دائما بدفع العين أوّلا و قبضها و يكون دفع المشترى دائما خارجا عن حقيقه المعاوضه

على هـذا فلاـ وجه لما التزم به فى الأمر الثانى من أنّ المتيقّن من مورد المعاطاه هو حصول التّعاطى فعلا من الطّرفين لأنّه لا وجه لتقيه من بين الأـفراد لأـن المفروض أنّ العطـاء الثّـانى لاـ أثر له و لا يتحقّق به إلّا عنوان الوفاء بالمعامله لأنّ دفع المشترى إنّما هو من بـاب التزامه به على نفسه و لـذا قال قـدس سـره بأنّه لو مات الآخـذ قبل دفع ماله مات بعـد تمام المعاطاه فالأقوى أن يقال إنّ المعامله تتحقّق بفعل كلّ منهما و فعل البائع بمنزله الإيجاب القولى و إعطاء المشترى بمنزله القبول القولى و أخذ كلّ منهما وفاء بالمعـامله و التزام بآثارهـا و على هـذا فمـا يتعـارف فى قصـد المتعاطيين بناء على الملك لا يخلو من ثلاثه على سبيل المنفصـله الحقيقيّه بناء على عدم خروج المعاطاه عن المعاملات المتعارفه لأنّ

الإعطاء إمّا من الطرفين أو من طرف واحد

و على الأوّل إما أن يكون إعطاء أحدهما مترتّبا على إعطاء الآخر أو فى عرضه فلو كان من الطّرفين طوليا فهو بيع لا غير لأنّ الأوّل قصد بإعطائه تمليک ماله و تبديله بمال الآخر و الثّانى قصد بإعطائه قبول هذا المعنى و أخذ المعوض من باب الاستيفاء كما أنّ الأوّل يأخذ العوض كذلک

و لو كان عرضيا فلو تسالما على أن يكون تمليكا بإزاء تمليک فهو مصالحه أو معامله مستقلّه و ليس بيعا لأنّ البيع هو التبديل بين المالين لا التّمليكين و أمّا لو قصد التبديل بين المالين فهو بيع و لو كان من طرف واحد لا يكون إلّا هبه معوّضه

أمّا كونه هبه لا بيعا فلأنّ البيع تبديل مال بمال فالمالان لا بدّ أن يكونا موجودين أو بمنزله الموجود كالكلّى و المفروض فى المقام أنّ أحدهما ليس موجودا و الكلّى لا يمكن أن يكون عوضا فى المعاملات الفعليّه لقصور الفعل عن إفاده جعل الكلى فى ذمّه المشترى بدلا و القرينه القائمه على عدم المجّانيّه إنّما تقتضى اعتبار العوض و هو ملائم مع الهبه المعوّضه أيضا فينحصر فى الهبه بعد عدم كونه بيعا و لا معامله مستقلّه و أمّا كونها معوّضه فلما عرفت من قيام القرينه على عدم المجّانيّه

فظهر أنّ فى مورد قصد التّمليک و إفاده المعاطاه الملكيّه لا يتصوّر إلّا ثلاثه أقسام كل قسم فى مقام خاص لا كما يظهر من كلامه قدس سره من جريان جميع الأقسام فى جميع الموارد

و بالجمله لو ورد الفعل على المالين فهو إمّا بيع لو قصد أحدهما التّمليک و الآخر التملّک أو مصالحه لو قصدا تمليكا بإزاء تمليک و لا يمكن أن يكون صلحا فى مقام البيع لأنه و إن قلنا بعدم كون الصّلح عنوانا مستقلا من عناوين العقود بل كان فى كلّ مقام تابعا لما يقصد منه إلّا أنّ الصّلح فى مقام البيع معناه أن يكون المصالح عليه هو البيع و حيث إنّه لا يمكن أن يكون فى المقام بيعا فلا يمكن إنشاء التّسالم عليه و لو ورد الفعل على مال واحد فهى هبه لا غير غايه الأمر قرينه أنّه لا يملک مجّانا تقتضى اشتراط العوض و لا يمكن أن يكون بيعا لما عرفت من أنّ البيع تبديل مال بمال و الكلّى لا يمكن أن يصير عوضا إلّا باللّفظ و مجرّد القصد لا أثر له ما لم يتحقّق عليه طبقه لفظ أو فعل يحمل عليه عنوان التبديل و الإنشاء باللّفظ مفقود على الفرض و الفعل لا يقع فى مقام اللّفظ إلّا فى تمليک المال بالمال الموجود لا بالكلّى و القرينه لا تقتضى إلّا عدم المجّانيه فتأمّل

ثم لا يخفى أن الوجوه المتصوّره فيما إذا قصدا التّمليک أو الإباحه أزيد ممّا ذكره قدس سره و إنّما لم يذكرها لخروجها عمّا هو المتعارف من قصد المتعاطيين مع أنّ منها ما لا دليل على صحّته كما لو قصد أحدهما تبديل ماله بتمليک الآخر و هو الفعل الخارجيّ الصّادر من المشترى فيكون من بيع الأموال بالأعمال و كما لو أوقعا المعامله على وجه الإباحه أى تبديل المباح بالمباح

أمّا الأوّل فلبطلانه فى المقام و إن صحّ بيع الأموال بالأعمال و ذلک لأنّ العمل الّذى يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال لا آليا و طريقا لتحصيل المال كما فى المثال لأنّه ليس التّمليک بالمعنى المصدرى مالا بل المال هو الحاصل من المصدر و ليس هذا الفعل إلّا آله لحصول اسم المصدر فلا يمكن أن يقابل بالمال و فرق بين البيع بإزاء التّمليک و بيع المال

على أن يخيط له ثوبا أو يجرى له صيغه عقد أو يبيع مالا من أموال البائع فإنّ الفعل فى الأوّل آلى بخلاف الثّانى فإنّه استقلالى يبذل بإزائه المال

و بالجمله الأعمال الّتى تقابل بالمال هى ما يصحّ

أن يتعلّق به الإجاره و إجاره الإنسان لأن يبيع ماله على المؤجر باطله و الفرق بين التّمليك و سائر الأعمال يظهر فى وقوعها شرطا فى ضمن عقد لازم فإنّه لو تخلف من اشترط عليه التّمليك ينوب عنه الحاكم أو عدول المؤمنين أو فسّاقهم أو نفس المشترط كلّ لاحق بعد تعذّر سابقه و هذا بخلاف سائر الأعمال فإنّه بمجرّد التخلف يتعذّر الشّرط و يثبت الخيار و السرّ فيه أنّ التّمليك طريقىّ آلىّ لا يشترط فيه المباشره و أمّا الثّانى فلأنّ الإباحه ليست بنفسها أمرا حاصلا للمالك لأنّ ما هو الحاصل له هو الملكيه و هى قابله للتبديل لأنّ زمام أمرها بيده بخلاف المباحيّه فإنّها تحصيل بإباحه المالك لغيره و ليست هى حاصله للمالك فى عرض الملك و جواز تصرف المالك فى ملكه من آثار مالكيته لا من آثار إباحته له

قوله قدس سره و أمّا إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقّفه على الملك فالظّاهر أنّه لا يجوز إلى آخره

حاصل مرامه أنّه لو قصد أحدهما الإباحه و الآخر التّمليك أو قصدا الإباحه بإزاء الإباحه يشكل صحّه هذه المعامله لأنّ التصرفات المتوقّفه على الملك لا تسوّغ لغير المالك بمجرد إذن المالك و لا يمكن التمسّك لصحتها بعموم النّاس مسلّطون على أموالهم و ليس عمومه بمنزله دليل خاصّ يدلّ على صحّه التّصرف حتى يكون مخصّصا لأدلّه لا بيع إلّا فى ملك مثلا أو يقدّر الملك آنا ما و ذلك لأن عموم النّاس مسلّطون إنّما يدلّ على تسلّط النّاس على أموالهم لا على أحكامهم فالأدلّه الدالّه على عدم صحّه البيع و العتق و نحوهما إلّا فى الملك حاكم على عموم النّاس و الموارد الّتى يقدّر الملك فيها آنا ما لا يخلو من ثلاثه ليس الإذن فى التصرّف منها

الأوّل استيفاء المال أو العمل بالأمر المعاملى كقول الآمر لمالك العبد أعتق عبدك عنّى و نحو ذلك و الثّانى ملك العمودين و الثالث تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه و تقدير الملك فى هذه الموارد ليس بمجرّد الخيال و التصوّر حتّى يتصوّر فى كلّ مقام بل له حقيقه تقتضى الأدلّه تقديره فى هذه الموارد

و محصّل وجه التقدير فى أمثال العتق عن الآمر أنّ أمر الآمر بإيجاد عمل محترم أو بإتلاف مال محترم غير مجّانىّ يرجع نفعه إلى الآمر يقتضى وقوعه لو أوجده المأمور فى ملك الآمر لأنّه استوفاه حقيقه بأمره و المفروض عدم صدوره عن المأمور تبرّعا بل بالعوض المسمّى لو عينه أو المثل أو القيمه لو لم يعيّنه فلا محاله يدخل هذا العمل أو المال فى ملك الآمر و ينتقل عنه أو يتلف فى ملكه فلو أمره بعتق عبده عنه أو بإلقاء ماله فى البحر و عليه ضمانه أو بأداء دينه من ماله أو بضمانه عنه أو بحمل شى ء له بحلق رأسه و نحو ذلك فباستدعائه من المأمور يصير شبه قرض فى الجميع أو يقال بأنه لو تعلّق أمره بالأعيان فكأنّه اشتراها من المأمور أو بالأعمال فكأنه استأجر عاملها أو بأداء الدّين فكأنّه اقترض من المأمور فيدخل العبد المأمور بعتقه حقيقه فى ملك الآمر و ينعتق عنه و هكذا يدخل المال الّذى أمر بإلقائه فى البحر فى ملك الآمر و يتلف فى ملكه إذا لم تكن المعامله سفهيّه كما إذا توقّف النّجاه من الغرق على الإلقاء و هكذا فى مورد الأمر بأداء الدين فبعد دخول المال فى ملكه يوفى به دينه و كذا الحواله على البرى ء و هكذا الأمر بحمل شى ء له و نحو ذلك

و بالجمله كل هذه العناوين حيث إنّها معامله واقعه بين الآمر و المأمور و المأمور امتثل ما أمر به الآمر فتقع فى ملك الآمر و إذا عيّن له العوض فلا يستحق إلّا المسمى

و لو لم يعيّن فيضمن له المثل أو القيمه

و من أحكام هذه المعامله أنّه ليس للمأمور مطالبه العوض إلّا بعد الامتثال و لا يضـمن الآمر إلا بعد الاستيفاء فصحّه هذه المعامله لعموم تجاره عن تراض تقتضى تقدير الملك فكأنّ العبد يدخل فى ملک الآمر و ينعتق عنه

ثم إنّ تقدير الملک آنا ما فى مسأله العتق ليس لأنّ العتق لا بدّ أن يقع من المالک لأنّه إذا وقع من دون أمر آمر و اسـتدعائه يقع من مالكه و لو قصده عن غيره بعوض فإنّ هذا القصد من دون أمر الغير لغو و لا لأنّ العتق لا يقع من المالک عن الغير كما توهم فـإنّ الـدّليل الـدالّ على وقوعه تطوّعـا معتبر دلاله و سـندا لكونه معمولا به بين الأصـحاب و به يثبت التّلازم بين صـحّه الوكاله و صحّه النّيـابه فى خصوص العتق و إن لم نقـل بـأنّ كـلّ مـا يقبل الوكاله يقبل النّيابه بل لما ظهر من أن استيفاء مال محترم كالعبد بالأمر المعاملى و باسـتدعاء التّمليک بالعوض و تمليک المأمور جوابا عن الاسـتدعاء يقتضى دخول العبد فى ملک المستدعى و انعتـاقه عنه دون مالكه الأصـلى فمعنى التقـدير فى أمثال هـذه الموارد ليس بمعنى الفرض بل ملک حقيقىّ غير مسـتقرّ كالملک الحاصل لذى الخيار و الواهب بالتصـرّف النّاقل و الملک الحاصل المشترى العمودين و لا وجه لما يظهر من المصنف من الفرق بين الموارد

و حاصل الكلام أنّ نفس استيفاء الأموال أو الأعمال بالاسـتدعاء المعاملى يقتضـى وقوع ما اسـتدعاه فى ملک المسـتدعى و هذا المعنى مفقود فى إذن المالـک للغير بالتصـرّف و إبـاحته له لأـنّ مجرّد الإبـاحه و الإـذن لا يوجب وقوع المأذون فيه و المباح فى ملـک المأذون و المباح له فلو قال أعتق عبـدى عنک من دون إذن فى توكيله فى العتق عن المالک تبرعا عن الوكيل و من دون إذن فى شـرائه العبـد لنفسه ثم عتقه فى ملكه فلا يقتضـى وقوع العتق فى ملک المأذون حتى يقدّر الملک آنا ما لعدم دليل يدلّ على جواز هذا النّحو من التصرّف من غير المالک بإذن المالک حتّى يقدر الملک آنا ما بدلاله الاقتضاء و عموم النّاس مسلّطون قاصر عن شموله له لحكومه الأدله الدالّه على توقف هذه التصرّفات على الملک عليه

ثم لا يخفى أنّ دلاله الاقتضاء المسـتفاده فى المقام ليست من مداليل الألفاظ و لا ممّا يتوقّف صحّه الكلام و الخروج عن اللغويّه عليه حتى تسـتفاد هـذه الـدلاله فى عكس المقـام و هو مـا لو قـال أعتق عبـدى عنـک أو اشتر من مـالى لنفسـک طعاما بل وجه استفاده دلاله الاقتضاء هو أنّ استيفاء المال أو العمل المحترم مع عدم قصد التبرّع من المالک أو العامل يقتضى ضمان المستوفى و مقتضـى ضمانه انتقال ما استوفاه إلى ملكه لأن ضمانه من باب المعامله لا الغرامه حتى لا يقتضى دخول المضمون به فى ملک الضامن فـدلاله الاقتضاء فى المقام نظير اقتضاء إيجاب شـى ء لإيجاب مقـدّمته و هـذه الدّلاله لو وجدت فى عكس المسأله نلتزم بها كما لو فرض أنّه قصـد الإعطاء مجّانا بنفس الفعل و قال اشتر لک من مالى طعاما من دون أن يقصد بالقول إنشاء التّمليک و من دون توقف التّمليک على اشتراط المأمور بل داعيه تمليک المال للمأمور مجانا لأن يشترى به شـيئا خاصا أو قصد الإقراض و كـان القبول من المتّهب بنفس الأخـذ من دون مـدخليّه للاـشتراء فى القبول أو كـان غرضه توكيله فى الاـشتراء للمالک ثم أخذ الطّعام قرضا أو اشتراء الطّعام لنفسه فى ذمّته و إيفائه من مال الآمر بإذنه و يصحّ كلّ ذلک لو قلنا بوقوعه بالألفاظ

المجازيّه و الكنائيّه إلّا أنّ جميع ذلك خارج عن مفروض المسأله لأنّ المفروض هو حصول النّقل و الانتقال بنفس الأمر و الامتثال و هذا إنّما يصحّ فى أعتق عبدك عنّى أو أدّ دينى أو احلق رأسى لا فى مثل أعتق عبدى عنك و اشتر لنفسك من مالى طعاما

و توضيح الفرق بينهما أنّ فى الأصل و هو العتق عن الغير و أداء دينه و حلق رأسه يصحّ بنفسه من مالك المال و العمل و إذا صحّ مجّانا يصحّ مع العوض فإذا استدعى الآمر صدوره من المالك و العامل مع التزامه الضّمان و امتثل المأمور فيقتضى الاستدعاء و الامتثال مع عدم قصد التبرّع الضّمان و لازم الضّمان التعهّدى دخول المضمون به فى ملك الضامن و هذا هو الملك التّقديرى

و أمّا فى عكس المسأله فالاشتراء للنّفس بمال الغير و عتق عبد الغير لا يصحّ حتى يكون الأمر به استدعاء و امتثاله إيجابا فلا أثر هنا للامتثال و لا للأمر من المالك و إباحته لغيره و إذنه فى التصرّف لأنّه ليس من أنحاء سلطنه المالك الإذن بتصرّف يتوقّف على الملك لأنّ الإباحه المطلقه لا يباح بها إلّا ما هو جائز بذاته شرعا كما عرفت فى الأصل لا ما يباح بالإباحه فإنّ الإباحه بها فرع صحّتها و صحّتها بالإباحه دور واضح فتقدير الملك فى العكس دور واضح لتوقّفه على صحّه عتق المأمور و صحّته يتوقّف على التقدير

نعم لو قام دليل خاصّ على صحّه هذه الإباحه بالإذن كما ادعى قيام السيره على صحّه المعاطاه فيما لو قصد المتعاطيان الملك مع ترتّب الإباحه عليه و كذا لو قصد الإباحه المطلقه و ادّعى الإمضاء أيضا أو قام دليل على عموم أنحاء سلطنه المالك حتّى إذنه فى التصرّفات المتوقّفه على الملك لخصّصنا به الدليل الدالّ على اعتبار وقوع هذه التصرّفات فى الملك لو كان شرعيا أو نقدر الملك آنا ما لو كان عقليا

و أما إذا لم يقم دليل خاص فبعموم الناس مسلّطون لا يمكن إحراز كفايه إذن المالك و إباحته فى التصرّف فيما يتوقّف على الملك

و بالجمله كون عكس المسأله من قبيل المسأله إنّما هو فيما لو كان إذنه فى عتق العبد إذنا فى توكيله باستيفاء العبد من قبل مالكه بأمر معاملى موجب للضّمان فوقوع العتق بمنزله الاستيفاء بالضّمان و الإذن بمنزله القبول و لازم الاستيفاء بالضّمان وقوع العتق فى ملك المستوفى الضّامن و ولائه له بخلاف ما إذا أذنه فى عتقه من قبل مولاه تبرعا منه للمأمور فإنّ ولاءه للإذن الّذى خرج العبد عن ملكه و أمّا مجرّد الإذن فى العتق بدون قصد التبرع و بدون وقوع المعامله بينهما فلا يفيد فى صحّه وقوع العتق لأنّ النّاس غير مسلّطين على إباحه ما لا تؤثّر الإباحه فيه

ثم إنّ الأمور الّتى تتوقّف على الملك قطعا هو البيع و العتق و الوطى و أمّا الخمس و الزكاه و ثمن الهدى ففيها خلاف كما سنشير إليه

أمّا البيع فلما تقدم من أنّ حقيقته تبديل المالين و لازمه خروج العوض عن ملك من يدخل فى ملكه المعوّض و بالعكس فمع

بقاء ما أخذ بالمعاطاه فى ملك مالكه أى المبيح لا يمكن دخول العوض فى ملك المباح له من دون خروج المعوّض عن ملكه و ليس اعتبار هذا الشرط لإخراج التّمليك المجانى حتى يقال يعقل تمليك الإنسان مال غيره بعوض يملكه بإزائه كما يعقل تمليك ماله بعوض يملكه غيره بل لبيان حقيقه البيع و هو تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله فإذا كان فى المثمن أحد طرفى الإضافه مالكه و الطّرف الآخر هو المثمن و كان فى طرف الثمن أيضا كذلك فلا بدّ أن يقوم العوض مكان المعوّض

فى الطرفيّه و لازمه أن يصير مالك المعوض مالكا للعوض و بالعكس فلا يعقل أن يقع التمليك من غير المالك و يقع العوض ملكا لهذا الغير و لا يعقل أن يقع التّمليك من المالك بعوض يملكه غيره مع أنّ المعامله مجّانيه بالنّسبه إلى الغير الّذى أخرج منه المال فى المثال الأوّل و المالك فى المثال الثّانى و إن لم يخرج المال مجّانا و بلا عوض

و بالجمله لا يمكن أن يقع المعامله بين ثلاثه أشخاص أو أربعه بأن يخرج المتاع من ملك زيد و العوض من عمرو و يملك بكر العوض أو المعوّض أو يملك بكر العوض و خالد المعوّض فبدون دخول العوض فى ملك من خرج عنه المعوض و بالعكس لا يمكن أن يكون بيعا بل هذا حال سائر المعاوضات أيضا فإن حقيقتها تقتضى أن يكون طرف العقد و من يقام به المعاوضه مالكا للعوض فإنّ فى المصالحه بين اثنين أو غيرها من العقود تقتضى أن يكون المتعاقدان طرفى الإضافه فلو صالح عن ماله زيدا على أن يكون عوضه الّذى هو مال زيد لعمرو يكون الصّلح باطلا إلّا أن يكون بنحو الاشتراط الّذى لازمه مالكيّه المشترط الشرط على المشروط عليه دون عمرو فالمعاوضه بين اثنين تقتضى أن يكون الأجنبى أجنبيّا و على هذا فيلحق بالبيع الهبه لتوقّفها على الملك حتى صار قولهم وهب الأمير ما لا يملك من الأمثال و هكذا الصّلح و نحوه من المعاوضات فإنّها فى حكم البيع فى اقتضائها دخول العوض شرطا كان أو مالا أو سائر الاعتبارات العقلائيه فى ملك من يخرج المعوض عن ملكه

نعم شبه المعاوضات كالنكاح و الخلع لا يقتضى ذلك فيصحّ أن يكون الصداق من غير الزوج و هكذا يصحّ أن يكون البذل من غير الزوجه إلّا أنّه فى الحقيقه خارج عن العقود المعاوضيّه

و أمّا العتق فلأنّه فكّ الملك و من الإيقاعات فلا بدّ من تحققه ممن له إيجاده و إيقاعه و الإذن فى التصرّف لو كان راجعا إلى توكيل المأذون فى العتق عن المالك و لو تبرعا عن المأذون فهو خارج عن محلّ الكلام لأنّ العتق حقيقه واقع فى ملك المالك لا المباح له و المأذون و لذا يكون ولاءه للمالك و لو رجع إلى مشروعيّه الإذن فى وقوع العتق عن غير المالك فلا دليل عليها

و بالجمله لا فرق بين البيع و العتق فكما لا يجوز بيع مال الغير بحيث يدخل الثمن فى ملك البائع دون المالك فكذا لا يجوز عتق عبد الغير بحيث يكون المعتق غير المالك و يكون ولائه له أيضا

و كما أن إباحه المالك و إذنه فى بيع غيره و كذا إجازته بعد وقوع البيع لا يجديان فى أن يكون ثمن ماله للغير فكذا إباحته و إذنه للغير فى عتق عبد الآذن أو إجازته بعد وقوع العتق منه لا يجديان فى أن يكون ولائه للغير

نعم بين البيع و العتق فرق من جهه أخرى و هى أنّ فى العتق حيث إنّه يجوز التبرع من مالك العبد عن غيره فينفذ إذنه للغير فى أن يعتق عبد المالك عن نفسه و أما البيع فحيث إنّه تبديل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى فلا يؤثر إذن المالك فى بيع المأذون لنفسه و صيروره الثمن له لما عرفت من أنّ هذا ليس معاوضه لأنّها عباره عن لبس بعد خلع فكلّ من خلع يلبس بدله و لا يمكن أن يكون الخلع من أحد و التلبس للأجنبى

و أمّا الوطى فلأنّه اعتبر بالنصّ و الإجماع وقوعه فى ملك الواطئ أى لا بدّ أن يكون الواطئ مالكا للوطى سواء كان للزّوجيه أو لملك الرّقبه و للتّحليل و لا يملك الوطى بالإذن من المالك لاعتبار ألفاظ خاصّه فى التّحليل و التزويج

و أمّا ثمن الهدى فلا مانع من إعطائه من مال الغير بإذن مالكه سواء كان فى الكفّارات أو فى حجّ القران أو الإفراد لأن نفس السوق لا بدّ أن يقع قربيّا و مباشره من السّائق لو قلنا بالأخير لا ثمن المسوق

و أمّا الخمس و الزكاه فلو قيل بتعلّقهما بالذمّه يجوز إخراجهما من مال غير من تعلقا بذمّته كسائر الديون الّتى يجوز أداؤها من مال غير المديون و لو قيل بتعلّقهما بالعين كما هو المشهور فيشكل جواز التبرّع عمن عليه إمّا لاعتبار مباشرته أو لاختصاص ولايه الإخراج من غير العين به فلا يؤثر إذنه فى الإخراج

فتحصّل ممّا ذكرنا أن كلّ ما يتوقّف صحّته على الملک لا يجدى فيه الإذن و الإباحه لأنّ صحّته بهما تتوقّف على عموم النّاس مسلّطون و عمومه فرع عدم تخصّيصه بما دلّ على اعتبار الملک عقلا أو عدم تخصيصه بما دلّ على اعتباره شرعا و لا وجه للالتزام بالملک التقديرى إلّا بعد صحّته فى نفسه كما عرفت ممّا ذكرنا فى موارد استيفاء الأموال أو الأعمال بالأمر المعاملى فإنّ إتلاف هذه الأموال و الإتيان بالأعمال بنفسها مشروعه من مالكها و مقتضى الأمر المعاملى أن يكون ضمانها على المستوفى و مقتضى الضّمان وقوعها فى ملک الضّامن

أمّا ما شکّ فى صحّته كما فى الإذن و الإباحه فالتقدير فيه فرع عموم التسلّط و لا عموم مع وجود الدّليل الدال على لزوم وقوع هذه التصرّفات فى الملک و المورد الثانى من الموارد الّتى يقدر فيها الملک آنا ما تصرّف ذى الخيار فيما انتقل عنه و ما يلحق به كتصرف الواهب فى العين الموهوبه بالتصرّف الّذى يتوقّف على الملک فإنّ دليل نفوذ هذا التصرّف يقتضى وقوعه فى ملک المتصرّف ثم خروجه عنه فإن من وجود المعلوم و هو نفوذ بيع ذى الخيار و الواهب و انتقال العين منهما إلى المشترى يستكشف أنّ المبيع قبل البيع أو فى زمان الإنشاء ملک لهما كما أنّ فى مثل أعتق عبدک عنى يستكشف الملک من العلّه و هو الضمان النّاشى عن الأمر المعاملى و المورد الثالث شراء من ينعتق على المشترى و انعتاق أمّ الولد من نصيب ولدها و انعتاق العبد المسلم عن الكافر فى بعض الصّور فإنّ من المعلول و هو الانعتاق يستكشف الملک أو يقال ترتّب الانعتاق من لوازم الملكيه فعليّه الملک لأمر مترتّب عليه موجبه لثبوت الملک بالشّراء أو التوريث ملكا غير مستقرّ

و على أىّ حال تحقّق أصل الملک فى الموارد الثّلاثه لا إشكال فيه لأنه يستكشف إمّا من علته أو من معلوله أو من أمر ملازم له مترتّب عليه و أما كونه آنا ما و غير مستقر فهو مقتضى الدليل القائم فى كلّ مورد و كيف كان فالإباحه و الإذن لا يدخل تحت هذه العناوين و لا دليل على نفوذهما حتى يستكشف منه الملک من جهه الجمع بينه و بين دليل توقّف التصرّف على الملک

قوله قدّس سره فليس ملكا تقديريا نظير الملک التقديرىّ فى الدّيه بالنّسبه إلى الميّت أو شراء المعتق عليه إلى آخره

قد أشرنا إلى ما يرد على هذا الكلام و قلنا فى جميع هذه الموارد أنّ الملک حقيقىّ غير مستقر و أنّ المراد من التقدير ليس مجرّد الخيال فلا فرق بين الملک المستكشف من نفوذ تصرف الواهب و ذى الخيار و الملک المستكشف من انعتاق الأقرباء على المشترى و الملک المستكشف للميّت القتيل من إرث وارثه فإنّه كما يستكشف من صحّه بيع الواهب أو عتقه كونه مالكا قبل البيع أو العتق لو قلنا باعتبار وقوع الإنشاء فى الملک أو كونه مالكا حال البيع أو العتق لو قلنا باعتباره وقوع المنشإ فى الملک

فكذلك يستكشف من وراثه الورثه من ديه الميّت المقتول أنّ المقتول حال القتل أو آنا ما قبله مالك لديته حتّى

يرث الوارث منها

نعم لو كان مراده قدّس سره من الميّت هو الذى قطع أحد أعضائه بعد الموت و من الذى ينعتق عليه أقرباؤه هو الّذى لا يملكهم كما قيل بعدم حصول الملك لمشترى القريب نظرا إلى بعض الأخبار الدالّه على أنّ العمودين لا يملكان لكان الفرق بين هذين المثالين و تصرّف الواهب بالبيع و نحوه بيّنا فإنّ نفوذ بيع الواهب كاشف عن كون المبيع ملكا له و أمّا الميّت فلا يملك إلّا حكما

كما أنّ الانعتاق على المشترى ليس إلّا تعبّدا جزاء لكونه بصدد شراء أقربائه و على هذا تسويته قدّس سره بين الميّت و المنعتق عليه أقرباؤه لا يصحّ لأن الميّت يملك ديته حكما و المنعتق عليه لا يملك رأسا

كما أنّه لا يصح كلامه لو كان مراده من الميّت الذى قطع أعضاؤه بعد الموت و من المشترى من ينعتق عليه ما ملكه بالشّراء كما فى بعض الأخبار الداله على أنّهما يملكان فينعتقان بلحاظ الفاء الدالّ على الترتّب لأنّه لا جامع بينهما فإنّ الملك للمشترى ملك حقيقىّ غايه الأمر جعله الشّارع علّه لزواله فى المرتبه المتأخّره أو جعل الشراء سببا لأمرين الملكيه و الانعتاق

و أمّا ملك الميّت للدّيه فهو ملك حكمى دلّ عليه الدّليل و إنّما النزاع فى تقديره من زمان الموت حتّى يرث منه كل وارث حينه أو من زمان ورود القطع و هكذا النّزاع فى ملك الميّت للصّيد الواقع فى الشبكه الّتى نصبها حال حياته إنّما هو فى أنّ الوارث حين النصب يرث و حين الاصطياد

قوله قدّس سره فلم يبق إلّا الحكم ببطلان الإذن فى بيع ماله لغيره إلى آخره

قد تقدم أنّ الإذن بنفسه ليس مشروعا فنفوذه لجواز تصرف المأذون إنّما هو فيما ثبت للإذن شرعا

و تفصيل ذلك أنّ ما كان من قبيل الإتلافات الّتى كانت للمالك مباشره أو توكيلا فينفذ الإذن فيه و ما لم يكن له ذلك فلا ينفذ فإذا أذن فى الأكل و الشرب و العتق و أداء الدّين و نحو ذلك فينفذ أمّا الأوّلان فواضح لأنّه من آثار سلطنه المالك على ماله

و أمّا العتق فلما ظهر من أنّ العتق عن الغير تبرعا جائز و نافذ و يقع عنه سواء كان واجبا أو مستحبّا على الغير فإذن الغير به بمنزله توكيله فى عتقه عن مالكه للوكيل و مقتضاه وقوعه مجّانا لو لم يكن مسبوقا بالاستدعاء من الغير إلّا أن تقوم قرينه على التّضمين فيضمن لو أعتقه كما أنّ مقتضى الاستدعاء أن يكون ضمانه على المستدعى فيقتضى دخوله فى ملكه آنا ما إلّا أن تقوم قرينه على عدم الضّمان و على الاستدعاء من المالك مجّانا

و بالجمله إذن المالك بالعتق عنه لغيره نافذ و لكنّه يحكى عن المسالك فى باب الكفّارات أنّه لا بد أن يقع العتق فى ملك المعتق و عن نفسه لا عن غيره و إنّما خرج عتق الولد عن الوالد تبرعا بالدّليل و لا يخفى أنّ ما أفاده يتمّ لو قام إجماع عليه و إلّا مقتضى القاعده صحته من مالك العبد عن غيره لأنّه من قبيل سائر التبرّعات كأداء الدين و إعطاء ثمن الهدى و مهر زوجه الغير

و نحو ذلک فحکمه حکم الإذن فی الإتلاف نعم تقدم وجه الإشکال فی الخمس و الزکاه

و بالجمله کلّ ما کان للمالک إتلافه مباشره تؤثر إذنه فیه لأنه من الواضح عدم اعتبار المباشره فی مثل ذلک و ما لم یکن للمالک مباشرته کالشراء بماله للغیر أو شرائه لنفسه بمال الغیر بل مطلق المعاوضات فإذنه لا یؤثّر فی صحّته إلّا أن یرجع إلی الإذن فی القرض ثم الاشتراء لنفسه بماله أو یکون مجرّد مقاوله قبل البیع کما فی أخبار العینه الدالّه علی أنّه لو کان للآمر الخیار و للمأمور کذلک فلا بأس أی إذا اشتری أحد بماله لنفسه و لو کان داعیه أمر غیره

بالشراء و لذا كان مختارا فى بيعه من الأمر و عدمه فلا محذور فأخبار العينه ناظره إلى جهه المرابحه و إلى بيان أنّه لو كان مقصود المتبايعين أخذ الربا يبطل البيع و الشراء و أمّا لو كان قصدهما البيع الحقيقى فلا يبطل و ليست ناظره إلى جواز شراء شى ء بماله لغيره و نحن نذكر واحدا منها تيمنا

ففى روايه الحسين بن منذور قال قلت لأبى عبد اللّه ع الرجل يجيئنى فيطلب العينه فاشترى له المتاع مرابحه ثم أبيعه إياه ثم أشتريه منه مكانى فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس فإنّه عليه السّلام فى مقام بيان أن مقصودهما لو كان المعاوضه حقيقه فلا بأس و لو كان مقصودهما أخذ الرّبح فربا و أمّا أنّ شراء المستدعى منه من مال المستدعى بعد قرضه منه أو من نفسه فليس الإمام عليه السلام بصدد بيانه

ثم لا يخفى أنّه لو باع المأذون المفروض يقع البيع للمالك إمّا لازما أو موقوفا على الإجازه ثانيا كما سيجى ء إن شاء اللّه فى الفضولى تفصيله و ملخّص وجه الاحتمالين أنّه لو كان بيع المباح له مال غيره لنفسه من قبيل بيع الولد مال أبيه بظن حياته ثم تبين موته قبل البيع فيحتاج إلى الإجازه لأنّه لم يقصد بيع مال نفسه و لو كان من قبيل من باع ماله على أن يصير الثّمن ملكا للغير فالقصد لغو و يقع البيع لنفس البائع و لا يحتاج إلى الإجازه ففى المقام حيث قصد البائع بيع مال غيره لنفسه يكون هذا القصد لغوا كقصد الغاصب بيع مال المغصوب منه لنفسه و بيع الغاصب و إن توقّف وقوعه للمالك على إجازته إلّا أنّ فى المقام يقع البيع للمالك لا إجازته للتّلازم فيما صحّ بالإجازه صحّ بالإذن فإنّه لو أثّر الإجازه اللاحقه يؤثر الإذن السّابق بطريق أولى

و لكن الأقوى الاحتياج إلى الإجازه فى المقام لأن التلازم فيما صحّ بالإجازه صحّ بالإذن إنّما هو لو وردا فى محلّ واحد و فى المقام الإذن تعلّق ببيع المأذون مال غيره لنفسه لا لمالكه و فى باب صحّه ما باعه الغاصب لنفسه بالإجازه إنّما هو لأنّ الغاصب بنى على مالكيته فأوقع المعامله بين ملكى المالكين فالإجازه ترد على تبديل المالين فتلخّص ممّا ذكرنا أنّ الإذن ليس مشرعا و لا يباح به إلّا ما يجوز للمالك مباشرته فتأمّل

قوله قدّس سره و لكن الّذى يظهر من جماعه منهم قطب الدين إلى آخره

لا يخفى أنّه و إن كان ظاهر جماعه أن شراء العالم بالغصبيّه من الغاصب يوجب تملّك الغاصب الثمن و لما اشتراه بهذا الثّمن إلّا أنّ هذا لا يمكن الالتزام به و لذا حمل بعض تملّك ما اشتراه الغاصب بالثمن الّذى أعطاه العالم بالغصبيّه على ما إذا وهبه العالم لا على ما إذا أباح له فإن مجرّد الإباحه لا أثر له و يمكن أن يكون قوله قدّس سره فتأمّل إشاره إلى أنّ ما يظهر من جماعه لعلّه محمول على هبه العالم لا إباحته له

قوله قدّس سره و أمّا الكلام فى صحّه الإباحه بالعوض إلى آخره

إباحه أحد المالكين ماله للآخر بعوض أى تقابل الإباحه مع الملك يقع على قسمين الأوّل أن يبيح المالك ماله على أن يكون المباح له ضامنا بالمثل أو القيمه و هذا لا إشكال فيه فإنّه نظير العاريه المضمونه الثّانى أن يبيح له بضمان المسمّى كما هو مفروض البحث و هذا تاره يقع بالمعاطاه كما هو مفروض كلام المصنف و أخرى بالقول على كلا التّقديرين لا إشكال فى

خروج هذه المعامله عن عنوان البيع لأنّه تبديل مال بمال لا تبديل الإباحه بالمال إنّما الكلام فى أنّها

عنوان مستقل أو داخله فی عنوان الصّلح

ثم بناء علی الأول ما الدّلیل علی صحّتها و نحن فی الدوره السّابقه نبینا علی أنّها داخله فی عنوان الصّلح لأنها بمعنی التّسالم و الاتفاق علی أمر و هذا العنوان لا یشترط أن یکون منشأ بلفظ صالحت أو تسالمنا علی کذا بل یکفی کلّ لفظ أو فعل یدلّ علیه و لو بالالتزام کما ورد فی صلح الشّریکین بقولهما لک ما عندک و لی ما عندی إلّا أنّ الأقوی عدم دخولها تحت عنوان الصّلح و لو بناء علی تحقّقه بکل فعل أو لفظ یکون دالا علیه لأنّ مجرّد الاتّفاق علی أمر لا یوجب دخوله فی عنوان الصّلح و إلّا کان البیع و الإجاره و نحوهما أیضا داخلا فیه بل لا بدّ إمّا أن ینشأ عنوان الصّلح بقولهما صالحت و قبلت أو بما یکشف عنه بالدلاله السّیاقیّه کما فی صلح الشّریکین فإنّهما بعد نزاعهما لو تسالما علی أمر و قال أحدهما لک ما عندک و لی ما عندی و قال الآخر کذلک أو قبلت فمن سوق کلامهما یستکشف أنّهما فی مقام التّسالم

و أمّا فی المقام و هی الإباحه العوض فلا دلاله لفظیّه أو فعلیه علی إنشاء العنوان و لا سیاقیّه فکیف یقال إنّه صلح ثم إنّه لا یمکن التمسّک لصحتها بقوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا بقوله تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ أمّا الأوّل فلأنّها إذا وقعت بالفعل فلا تکون عقد و إن وقعت بالقول فلا تکون من العهود المتعارفه حتی یکون قوله سبحانه إمضاء لها و أمّا الثّانی فلأنّ التّجاره و إن کانت مطلق التکسّب إلّا أنّه لا بدّ أن یکون التکسّب من الطّرفین و المباح له لم یکتسب ملکا و مطلق استیفاء المنافع لیس تکسّبا فتأمّل

نعم قد تقدّم أنّه یمکن التمسّک لصحّته بعموم قوله ع النّاس مسلّطون علی أموالهم لأنّ هذه القاعده و إن لم تجری فی ناحیه الأسباب و لا تدلّ علی کفایه العقد الفارسی مثلا إلّا أنّها جاریه فی ناحیه المسبّبات و من آثار سلطنه النّاس علی أموالهم إباحه مالهم بالعوض المسمّی إلّا أن یناقش فی عموم القاعده بحیث یشمل المقام لأنّه لو لم یکن الإباحه بالعوض المسمّی مندرجه تحت أحد العناوین المتعارفه الّتی أمضاها الشّارع فلیس للمالک التسلّط علیها

هذا مع أنّ کلّ إجاره فاسده و بیع فاسد لا محاله متضمّن للإباحه بالعوض المسمّی فما معنی عده من العقود الفاسده فتأمّل

قوله قدّس سره و علی تقدیر الصّحه ففی لزومها مطلقا إلی آخره

لا یخفی أنّه علی فرض الصّحه فالصّواب هو التّفصیل بین الواقع بالفعل و القول علی ما اخترناه من جواز المعاطاه فلو وقع بالقول فالحق لزومه من الطّرفین لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء علی أن مفاده هو الحکم الوضعی کما هو الحقّ و تبیّن وجهه فی محلّه لأن نفوذ العقد و کونه ممضی یقتضی نفوذه من الطّرفین فإنّ العقد هو العهد المؤکد الواقع بین المعاملین فلا یمکن التّفکیک إلّا إذا ثبت بالدّلیل کما فی الجواز الثّابت للمرتهن دون الرّاهن

نعم بناء علی أن مفاده الحکم التکلیفی فیمکن أن یجب الوفاء علی أحد المتعاقدین دون الآخر و لو وقع بالفعل فالحقّ جوازه من الطّرفین و التّفصیل بین الملک و الإباحه لا وجه له

[الأمر الخامس فی حکم جریان المعاطاه فی غیر البیع]

قوله قدّس سره الأمر الخامس فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع إلى آخره

لا يخفى أنّ الاستدلال بأدلّه المعاملات لصحّه المعاطاه فيها يتوقّف على إثبات مقدّمتين

الأولى كون الفعل بنفسه مصداقا لهذه العناوين ليصحّ الاستدلال بأدلّه العناوين على صحّته أو كونه مصداقا لأمر ملازم لأحد العناوين بحيث يترتّب عليه بجريان العاده المألوفه و السيره المستمرّه

ما يترتّب على ملازمه بأن كانت السيره دليلا على ترتب ما يترتّب على ملازم الفعل لا أن تكون دليلا على أصل صحّه المعامله الفعليّه فبعد جريان العاده يدخل الفعل بالملازمه فى أحد العناوين و يصحّ الاستدلال له بما يستدلّ به للعناوين نظير القول فإنه قد ينشأ به أحد العناوين مطابقه و قد ينشأ به أحدها التزاما

و وجه اعتبار كون الفعل مصداقا لها و مصداقا لملازمها ما أشرنا إليه سابقا من أنّ مجرّد قصد عنوان وقوع الفعل عقيبه لا يؤثر فى تحقّق هذا العنوان إذا لم يكن الفعل آله لإيجاده أو إيجاد ملازمه

و الثّانيه أنّ الفعل إذا كان مصداقا لعنوان خاص فلا إشكال فى تحقّق هذا العنوان بإيجاده مع القصد و أمّا إذا كان مشتركا و كان ذا وجوه فتعيّن أحد العناوين دون غيره إنّما هو بالقرائن المكتنفه به و القرينه فى باب الأفعال ليست ممّا ينشأ بها جزء المعنى حتى يقال إنّ المنشئات فى باب المعاملات معان بسيطه لا يمكن إنشاؤها تدريجا و ليست لها أجناس و فصول لأنّ القرينه موجبه لتعين وجه الفعل فينشأ التمليك مثلا بالفعل وحده

و بالجمله و إن قلنا بأنه لا يمكن إنشاء العقود بالمشترك المعنوى و لا بالمشترك اللّفظى إلّا أنه لا يمكن قياس الفعل باللّفظ لأنّ القول فى المشترك المعنوى وضع لمعنى جامع و فى المشترك اللّفظى لكلّ معنى مستقلا فإيجاد المعنى المشترك بالقول المفيد لمعنى عام إيجاد للجنس و اللّفظ الدال على الخصوصيّات إيجاد للفصل فيوجد المقصود بتعدّد الدالّ و المدلول و هكذا إيجاد باللّفظ الّذى لا يستفاد منه معنى إلّا بالقرينه كالمشترك اللّفظى إيجاد للمقصود بلفظين و هذا و إن لم يخل عن المناقشه كما سيجىء إن شاء اللّه من أنّه لا مانع من إيجاد أحد العناوين بالمشترك لفظا بين عناوين متعدّده إلّا أنّ هذا الإشكال لا يرد فى الفعل لأنّ وجه الفعل ليس بمنزله القرينه لينشأ بها شيئا غير ما ينشأ بذى القرينه بل ينشأ العنوان بنفس الفعل الموجّه فإذا كان المعطى فى مقام البيع فينشأ البيع بنفس الفعل و هكذا لو كان فى مقام إعطاء ماله قرضا أو هبه ينشأ القرض أو الهبه بنفس الفعل

و بالجمله فكما إذا كان الفعل موجّها بعنوان واحد ينشأ العنوان به كالوطى الّذى به يتحقّق الرجوع فى العدّه الرجعيّه و به يتحقّق الفسخ فى البيع الخيارى فكذلك بنفس الفعل ينشأ العنوان إذا كان ذا وجوه

إذا عرفت ذلك ظهر جريان المعاطاه فى البيع و الهبه و القرض فى الإجاره و العاريه و الوديعه لأنّ الفعل إمّا بنفسه مصداق لأحد هذه العناوين أو ملازم له فلو لم يكن إعطاء كل منهما ماله للآخر بيعا فلا أقل من كونه تسليطا و من جهه العاده و السّيره المستمرّه من قصد البيع به يقع البيع به و إن كان الفعل فى الخارج ملازما للبيع و هكذا يصحّ إنشاء المضاربه و نحوها به فإن الفعل و إن لم يمكن إنشاء جميع ما يعتبر فى المضاربه به من تعيين الرّبح و نحوه إلّا أنه كلّما يمكن إنشاؤه بالفعل فينشأ به و كلما ليس الفعل مصداقا له يتعيّن بالقول و ينشأ باللّفظ و لا مانع من تركيب المعامله من الفعل و القول إذا كانت المعامله مشتمله على أمور كلّها لا بدّ من إنشائها إمّا بالفعل أو القول كالشّرائط الّتى فى ضمن العقود

و ما يقال من أنّ منشئات العقود بسيطه ليس معناه أنه لا يمكن إنشاء أمرين فى معامله واحده بل معناه أنّ الأمر الواحد لا يمكن إنشاؤه تدريجا و بالجمله كلّ شرط فى ضمن العقد منشأ مستقلّ و تحقّقه فى عالم الاعتبار بإنشائه قولا أو فعلا فلا مانع

من إنشاء المضاربه و نحوها من المزارعه و المساقاه بالفعل نعم ما لا يجرى فيه المعاطاه أمور منها ما لا يمكن إلّا إنشاء بالقول خارجا و منها ما لا يصح إنشاؤه بالفعل شرعا و منها مورد الخلاف

فمن الأوّل الوصيه تمليكيه كانت أو عهديّه و التّدبير و الضّمان فإنّها لا تنشأ إلّا بالقول لعدم وجود فعل كان مصداقا لهذه العناوين فإن انتقال الدّين من ذمّه إلى أخرى لا يمكن أن يتحقّق بالفعل و لا العتق أو الملكيّه أو القيمومه بعد موت الموصى

و من الثّانى النّكاح فإنّ الفعل فيه ملازم لضدّه و هو الزّنا و السّفاح بل مصداق للضدّ حقيقه فإن مقابل النّكاح ليس إلّا الفعل المجرّد عن الإنشاء القولى و عمّا جعله الشّارع سببا للحليّه

و من الثّالث الوقف و لكن الأقوى هو التّفصيل بين أقسامه فما كان الفعل بنفسه مصداقا لحبس العين و تسبيل المنفعه كوقف المساجد و القناطر و المدارس و وقف الحصر و البوارى و نحوهما للمساجد و المشاهد يقع بالفعل كوقوعه بالقول و ما لم يكن الفعل مصداقا له كالوقف الخاص أو لمصرف خاص كالوقف لتعزيه سيد الشّهداء سلام اللّه عليه و على الدّماء السّائلات بين يديه فلا يقع بالفعل

و بالجمله لم يقم دليل خاص على اعتبار القول فى مطلق الوقف كباب النّكاح بل النّزاع صغروى ثم ممّا ذكرنا ظهر أنّه لا يمكن وقوع الإيقاعات بالفعل إلّا باب الإجازه و الفسخ و ما يلحق بهما من الرجوع فى العدّه لعدم وجود فعل يكون مصداقا للطّلاق و العتق و نحوهما فإنّ إلقاء القناع على الزّوجه و إخراج العبد من الدّار و أمثال ذلك من الأفعال ليست مصداقا للطّلاق و العتاق بل هى من آثارهما

ثم إنّ من القسم الثالث الرّهن فبعضهم ادّعى عدم تحقّقه بالفعل لانعقاد الإجماع على كونه من طرف الرّاهن لازما و انعقاده على توقّف العقود اللّازمه على اللّفظ و بتعبير آخر حقيقه الرّهن و هى كون المال وثيقه للدّين تقتضى عدم إمكان الفسخ للرّاهن مع أنّ المعاطاه سواء كانت مفيده للملك أو الإباحه جائزه إمّا إجماعا أو لعدم ثبوت مقتضى اللّزوم فلا بدّ إمّا من القول ببطلان المعاطاه فى الرّهن أو تخصيص ما دلّ على كون المعاطاه جائزه أو تخصيص أدلّه الرّهن و حيث إنّ الالتزام بالأخيرين ممتنع للإجماع على توقّف العقود اللّازمه على اللّفظ و لمنافاه الجواز مع كون الشّى ء وثيقه فتعيّن الأوّل

و لكنه لا يخفى أنّ الإجماع على توقّف العقود اللّازمه على اللّفظ ليس إجماعا تعبّديا قائما على حصر ما يفيد اللّزوم باللّفظ بل غرض المجمعين أنّ حكم الشّارع بلزوم المعامله يتعلّق بالمعامله المنشأه باللّفظ لكونها مشتمله على مدلول التزامىّ و بهذا اللّحاظ تسمّى عقدا و حيث إنّ المعاطاه ليست عقدا فلا تكون لازمه و هذا لا ينافى كون الرّهن المعاطاتى لازما من جهه أخرى و هى اقتضاء ذاته اللّزوم أى لا تنافى بين أن يكون الرّهن من حيث وقوعه بالفعل جائزا و من حيث الحكم الشرعى أو اقتضاء ذاته لازما

كما أنّ عدم معروفيّه الجواز من الشارع فى الوقف لا ينافى جوازه من حيث وقوعه بالفعل غايه الأمر يقدم جهه الذّاتيّه أو عدم المعروفيّه على جهه نفس الفعل

و بالجمله لو قلنا بأنّ المعاطاه جائزه من جهه عدم اقتضائها اللّزوم أو إجماعا فلا ينافى طروّ جهه اللزوم عليها

قوله قدّس سره و فيه أن معنى جريان بالمعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقّق الثّانى إلى آخره

حاصل مرامه قدّس سره فى ردّ المحقّق الثانى فى الإجاره هو أنّ من آثار الإجاره أن يكون المستأجر

مالكا لعمل الأجير و لمنفعه دار المؤجر و أن يكون الأجير مالكا للأجر المعيّن و المؤجر مالكا للعوض بإزاء المنفعه بحيث يكون عمل العامل أو تسليم الدّار لاستيفاء المنفعه وفاء للحقّ الحاصل بالإجاره مع أنّ الآمر ليس مالكا كذلك بلا إشكال لأنّ للمأمور أن لا يعمل بما أمره الآمر و أن لا يسلّم داره فأمر الآمر و عمل المأمور ليس داخلا فى باب الإجاره المتعارفه بل يدخل فى باب استيفاء العمل بالأمر المعاملى الموجب لضمان المثل أو القيمه لو لم يعيّن له أجره و لضمان المسمّى لو عيّن على إشكال فيه و منشأ الإشكال أنّ مجرّد تعيين الأجره لا يوجب أن يكون ضامنا لما عيّن لأنّ التّعيين ليس بنفسه عقدا و لذا لا يستحقّ العمل على المأمور بل الضّمان يتحقّق بعد إتيان العامل بالعمل بإذن الآمر مع عدم قصده التبرّع فيدخل فى ملك الآمر آنا ما و يضمن

و بالجمله اختلفوا فى أنّه لو عين مقدار ما يضمن به فهل يتعين المسمّى أو يرجع إلى ضمان المثل أو القيمه أو يضمن أقل الأمرين من ضمان المسمّى أو المثل أو القيمه و الأقوى هو الثّانى لما عرفت من أنّ التّعيين بنفسه ليس عقدا بل التزام ابتدائى و لا يشمله المؤمنون عند شروطهم بناء على ما هو الحقّ من اختصاص الحديث بالشّرط فى ضمن العقد و منه ظهر ضعف وجه القول الثّالث فإن وجهه إقدام العامل و رضاه بما عين له الآمر و مع بطلان التّعيين فلو كان هو الأقل فقد أقدم العامل به و لو كان هو ثمن المثل فهو الّذى يستحقّه

وجه الضّعف أنّ إقدام العامل لا أثر له لأنّه ليس إلّا التزام بدوىّ و بالجمله لو كان أمر الآمر و عمل المأمور داخل فى إجاره النّفس للعمل لكان المسمّى متعيّنا و أمّا مع عدم تحقّق الإجاره لا قولا و لا معاطاه فالتّعيين لا أثر له أما قولا فلعدم الإنشاء باللّفظ كما هو المفروض و أمّا معاطاه فلأنّ العمل بنفسه ليس إجاره لأنّ إجاره العمل ليست بنفسها صحيحه و لو بالقول فضلا عن الفعل و إجاره النّفس للعمل لا تتحقّق بالفعل لأنّ العمل الخارجى ليس مصداقا للإجاره المتعلّقه بالنفس و مجرّد قريتيّه حرفته و صنعته على أنّه لا يعمل مجانا لا يوجب أن يكون عمله مصداقا لإجاره نفسه للعمل فلو حمل المتاع بلا أمر من صاحبه و لا رضاه الّذى بمنزله الأمر لا يدخل عمله فى عنوان الإجاره و لا يستحقّ شيئا من صاحب المتاع و لو قصد الأجره

نعم فى إجاره الأموال تسليم المال لاستيفاء المنفعه و تسلّم المستأجر و إعطاء الأجره إجاره معاطاتيه و على هذا فما أفاده المحقّق الثّانى من أنّ فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره و ذلك أنّه إذا أمره بعمل على عوض معيّن و عمله استحقّ الأجره غير وجيه لأنّ هذا غير داخل فى الإجاره المعاطاتيّه و إنما يدخل فى باب استيفاء العمل بالأمر المعاملى الموجب للضّمان الواقعى لا المسمّى كما ظهر

و حاصل مقصوده قدّس سره فى ردّ المحقّق الثّانى فى الهبه هو أنّه لا يمكن جريان المعاطاه فيها على مختار المحقّق الثانى القائل بأن المعاطاه مفيده للملك الجائز للإجماع على عدم حصول الملك فى الهبه إلّا باللّفظ فجريانها فيها إنّما يتم على القول بكونها مفيده للإباحه و فيه أنّ الظاهر عدم كون المسأله إجماعيّه و عدم خصوصيّه الهبه فى توقف حصول الملك فيها على اللّفظ بل لو توقّف حصوله على اللّفظ لتوقّف كل عقد عليه

قوله قدّس سره و أمّا على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم إلى آخره

لا يخفى أنّ ما اختاره هنا ينافى ما ذكره فى الأمر الرّابع فى الإباحه بالعوض من أن الأقوى اللّزوم فإنّ مدرك الأقوال الثّلاثه جار

فى مطلق ما يفيد الإباحه سواء كان قصد المتعاطيين الإباحه أو التّمليک مع ترتّب الإباحه على فعلهما فإنّ وجه الجواز مطلقا هو أنّ العقود التّسليطيّه دائره مدار الإذن و التّسليط

و لذا استشكل فى لزوم الوكاله فى ضمن العقد اللّازم بتقريب أنّ الوكاله ثابته ما دام الإذن باقيا فإذا ارتفع ارتفعت و لا يجدى اشتراط عدم عزله و لو فى ضمن عقد لازم و وجه اللّزوم مطلقا كفايه عموم المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللّزوم فإن العقود التّسليطيّه لو خليت و طبعها دائره مدار بقاء التّسليط لا فيما إذا اشترط اللّزوم فى ضمن عقد لازم أو التزم و تعهّد به ابتداء

و وجه التّفصيل أنّ المباح له أخرج ماله عن ملكه فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانيا دون المبيح فإنّه باق على سلطنته فإذا كان مختار المصنف اللّزوم فكيف يصحّ قوله و أمّا على القول بالإباحه فالأصل عدم اللّزوم فالأولى أن يقال حيث إنّ الفعل لا ينشأ به إلّا نفس التبديل أو الإباحه بالعوض و ليس له مدلول التزامى فلا تشمله أدلّه العهود و العقود بل يكون بالنّسبه إلى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و البيعان بالخيار خارجا بالتخصّص

أمّا الأوّلين فلعدم كونه عقدا و لا شرطا و التزاما بشى ء و أمّا الأخير فلأنّه و إن كان بيعا إلّا أنّ الحكم المرتّب على البيع بمقتضى هذا الخبر من الخيار عند الاجتماع و اللّزوم عند الافتراق لا يترتّب عليه لأنّه ليس فيه التزام حتّى يلزم بعد الافتراق فليس فيه خيار أيضا لأنّه فى مقابل اللّزوم الحقّى فكما أنّه ليس لازما حكما كالنّكاح لوضوح صحّه الإقاله فيه و كلّما يدخل فيه الإقاله يدخل فيه خيار الفسخ و اللّزوم الحكمى لا يصحّ جعل الخيار فيه من المتعاقدين كذلک ليس لازما حقّا أيضا لأنّ اللّزوم الحقى ينشأ من التزام المتعاقدين و فى الفعل لا ينشأ الالتزام فهو خارج عن عموم البيعان بالتخصص أيضا

و بالنّسبه إلى قوله عزّ من قائل وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ فهو خارج بالحكومه لأن بعد الإجماع على الجواز أو لعدم موجب اللّزوم يكون رجوع المتعاطيين أكلا بالحقّ لا بالباطل و بالنسبه إلى النّاس مسلّطون و لا يحلّ مال امرئ إلّا أن تكون تجاره عن تراض فهو خارج بالتّخصيص لأنّ بعد قيام الإجماع على الجواز أو عدم ما يوجب اللّزوم يثبت حق للمالک الأوّل أو المبيح فيخرج ردّ المتعاطيين عين مالهما إلى ملكهما عن عموم تسلّط النّاس على أموالهم و حرمه التصرّف إلّا بطيب النّفس و التجاره لا عن تراض

كما لا فرق بين القول بالملک و القول بالإباحه بناء على الوجه الثّامن و هو الاستصحاب لأنّه بناء على ما قلنا من عدم تحقّق ما يوجب اللّزوم فلا يبقى شک فى جواز الرد حتّى يتمسّک بالاستصحاب إلّا أن يقال و إن لم يتحقّق موجب اللّزوم إلّا أنّه بناء على حصول الملک عنه فجواز الرّجوع أيضا لا دليل عليه نعم بناء على الإباحه جواز الرّجوع هو مقتضى بقاء سلطنه المالک و فيه أنّه لا فرق بينهما أمّا بناء على الملک فيكفى التمسّک بالإجماع للجواز فإنّه و إن كان مقتضى الاستصحاب بقاء أثر ما تحقّق بالفعل إلّا أنّ الإجماع على الجواز يكفى للخروج عن أصاله اللّزوم

و أمّا بناء على الإباحه فأصاله سلطنه المالک الثّابته قبل المعاطاه حاكمه على أصاله بقاء الإباحه النّاشئه من التّعاطى لو سلم جريانها مع أنّ جريانها ممنوع لا لما توهّم من أنّ المقام من قبيل الشکّ فى المقتضى فإنّه فاسد لأنّ الشکّ فى المقتضى هو

الشكّ فى بقاء المستصحب فى عمود الزّمان لا الشكّ فى مقدار استعداده بالنّسبه

إلى الزّمانيات و إلّا رجع الشكّ فى رافعيه الموجود بأقسامه إلى الشكّ فى المقتضى بل لأنّ قوام الإباحه الثابته بالفعل إنّما هو بالإذن فإذا ارتفع ارتفعت قطعا فلا يبقى شكّ حتّى يستصحب الإباحه

و بالجمله على فرض جريان أصاله الإباحه فأصاله السّلطنه حاكمه عليه و أمّا استصحاب الملك فالإجماع على الجواز كاف فى عدم جريانه و كيف كان بعد قيام الإجماع أو عدم تحقّق موجب اللّزوم يثبت جواز المعاطاه بلا إشكال نعم فرق بين المسلكين و هو أنّه لو قلنا إنّ الأصل هو اللّزوم كما على مختاره قدّس سره بناء على الملك فالإجماع على الجواز إنّما يفيد فى المتيقّن منه لو كان معقد الإجماع مجملا كما يظهر منه قدّس سره و يقول المتيقّن منه مورد تراد العينين مع بقاء صفاتهما و عدم انتقالهما إلى غيرهما فمع تلفهما أو تغييرهما أو تملك غير المتعاطيين لهما فالمرجع أصاله اللّزوم للشكّ فى شمول دليل الجواز لهذه الصّوره

و أما لو قلنا إنّ الأصل عدم اللّزوم كما على القول بالإباحه على مختاره فالأمر بالعكس فتأسيس الأصل على مختاره يترتّب عليه آثار غير خفيّه نعم يرد عليه إشكال و هو أنه لو تمسّكنا لأصاله اللّزوم بغير الاستصحاب من الوجوه السبعه الأخرى فيقتضى أن يكون اللّزوم فيها هو اللّزوم الحقّى سيّما إذا تمسّكنا ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و البيعان بالخيار فالإجماع على الجواز أيضا يقتضى أن يكون حقيا و مقتضاه بقاء الخيار عند التّلف إلّا أن يدّعى الإجماع على الجواز مقيّدا ببقاء العينين كما سيجى ء توضيحه

نعم بناء على ما سلكناه من أنّ الفعل لا يقتضى اللّزوم فالجواز المتصوّر فيه يرجع إلى الجواز الحكمى لا الحقّى لأنّه يقع فى مقابل اللزوم الحقّى كالخيارات الشّرعيّه فينحصر أن يكون الجواز حكميّا

قوله قدّس سره إذا عرفت هذا فاعلم أنّ تلف العوضين ملزم إجماعا إلى آخره

لا يخفى أنّا فى تعليقتنا سابقا على هذا العنوان اخترنا ما هو ظاهر كلام المصنف من تعلّق جواز الرد بنفس العينين ففى مورد تلفهما لا يبقى موضوع للجواز و بيّنا عدم إمكان تعلّق حقّ الرجوع بالمثل أو القيمه عند التّلف لأنّ التّعاطى إنّما يقتضى التبديل بين المالين دون الالتزام بهذا التبديل فلو لم يمكن ردّ نفس المالين إلى مالكهما الأصلى فردّ بدلهما لا وجه له لأنّ تحقّق المعامله كما يتوقّف على وجودهما فكذلك ردّهما أيضا و لكن الظّاهر للمتأمّل أنّ ما ذكرنا من عدم إمكان الرد إلّا مع بقاء العينين استحسانىّ و لا يبتنى على أساس و ذلك لأنّه لو قلنا بأصاله اللّزوم من جهه الأدلّه الثّمانيه فالإجماع على الجواز لا يقتضى إلّا الجواز الحقّى المقتضى لبقائه عند التّلف

نعم لو تردّد الجواز بين معنيين متباينين و هو جواز المعاوضه أو تراد العينين فلا يمكن التمسّك بالعمومات فى مورد الشكّ لأنّ المخصّص و إن كان منفصلا إلّا أنّ تردّده بين المتباينين يوجب سقوط ظهور العام فى كلّ منهما و لو قلنا بها من باب الاستصحاب فالإجماع على الجواز أيضا لا يقتضى انحصاره بمورد بقاء العينين إلّا أن يقوم الإجماع عليه مقيّدا أو كان هناك إجماع تعبّدى آخر على أنّ تلف العينين ملزم كما هو ظاهره قدّس سره فى قوله على الظّاهر المصرّح به فى بعض العبائر

و الظّاهر عدم كون الإجماع على الجواز مقيّدا ببقاء العينين و عدم قيام الإجماع القطعى على أنّ تلفهما ملزم و لو قلنا بأن الفعل

ليس فيه جهه لزوم أصلا فالإجماع على الجواز لا- أثر له إلّا إذا تحقّق ما يوجب اللّزوم من جهه كما إذا تلف العينين فإنّ الجواز من جهه عدم تحقّق الملزم إنّما يؤثر

فى ردّ العين فإذا تلفت لا يبقى موضوع لهذا الجواز فيؤثر الجواز من جهه أخرى و يقتضى ثبوته عند تلف العينين لأن الجواز من جهتين نظير ثبوت الخيار من جهتين واحدهما مع وجود الآخر لا أثر له و إنّما يؤثر مع سقوط الآخر

و بالجمله لا معنى لتعلّق الجواز بنفس العين ابتداء لأنّه لم يقم دليل على كون المقام من قبيل التّقاص الثّابت لغير المالك فى تعلّقه بنفس مال الغير بل الجواز هنا إمّا من قبيل جواز البيع الخيارى أو جواز الرّجوع فى الهبه و على أىّ حال له مساس بالمعاوضه و يسترجع العين تبعا للرّجوع عنها و إنّما لم يمكن الرّجوع فى الهبه عند تلف العين لأنّها ليست معاوضه بل تسليط مجّانىّ فإذا تلفت العين الّتى لم يتعلّق بها ضمان فرجوع مثلها أو قيمتها بلا موجب فلا يؤثر رجوع الواهب و هذا بخلاف باب المعاوضه فإنّها ليست تسليطا مجّانيا فلو رجع المالك الأصلى أو المبيح بمقتضى ثبوت جواز الرّجوع له فلا بدّ أن يرجع إليه عين ماله عند بقائها و بدلها عند تلفها

إلّا أن يقال بناء على الإباحه فبعد فرض إفاده المعاطاه الضّمان بالمسمّى فمقتضاه أن يصير التّالف آنا ما ملكا للمباح له فإذا كان التّالف ملكا لمن تلف عبده فلا وجه لأن يكون عليه ضمان المثل أو القيمه إلّا إذا ثبت جواز رجوع المالك الأصلى حتّى بعد التّلف و فى خصوص الإباحه فلا لإجماع القطعىّ على أنّ المبيح ليس له الرّجوع إلى المثل أو القيمه بعد التّلف فلا يؤثر فسخه بل يمكن تطبيقه على القاعده أيضا بتقريب أن الجواز على الإباحه إنّما يكون من جهه سلطنه المالك فإذا تلف العينين ينتقل ملكه إلى طرفه و إرجاعه إلى ملكه ثانيا يتوقّف على ثبوت الجواز بعد التّلف و هذا يتوقف على دليل خاصّ عليه

و بالجمله حكم الإباحه حال التّلف حكم الملك فإنّه على كل تقدير يحصل الملك إمّا آنا ما أو من أوّل الأمر فإذا لم نقل بجواز الفسخ بعد التّلف بناء على الملك كما سيجى ء تقريبه فعدم جوازه على الإباحه أولى

ثم ممّا ذكرنا ظهر ما فى قوله قدّس سره لأنّ تلفه من مال مالكه و لم يحصله ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه لما عرفت من أنّ التّالف ملك لمن تلف عنده لا المبيح فإنّ كونه من مال المبيح مناف لكون كلّ من المالين مضمونا على الآخر بالضّمان المعاملى بل هو قدّس سره أيضا صرّح بما ذكرنا فى جواب استبعاد الشّيخ الكبير كون التّلف من الجانبين معيّنا للمسمّى من الطّرفين فقال ما حاصله أنّ هذا مقتضى الإجماع على عدم ضمان المثل أو القيمه مع رعايه عموم على اليد بحيث لا يلزم التخصيص فيه و أصاله عدم الملك إلى حين التّلف فيصير التّلف فى المقام كتلف المبيع عند البائع قبل إقباضه

و بالجمله ما ذكره فى المقام مناف لم تقدّم منه كما لا يخفى و أمّا على القول بالملك فلو ثبت الإجماع على أنّ تلف العوضين ملزم فلا إشكال و هذا و إن لم يكن إجماعا تعبديا إلّا أنّه يصير منشأ للشكّ فى أنّ جواز المعامله دائمى أو مختصّ بما دام العين باقيه كما فى باب خيار العيب فبعد تلف العين لم يحرز الجواز و لا يمكن استصحابه أيضا كما سيجى ء وجهه

و أمّا لو لم يثبت فإذا قلنا بأنّ الأصل فى المعاطاه اللّزوم للوجوه الثّمانيه فالإجماع على الجواز لو كان مقيّدا ببقاء العينين فالمرجع فى مورد تلفهما هو أصاله اللّزوم و لو لم يكن مقيّدا أو شكّ فى بقاء الجواز حال التّلف يدخل فى النزاع المعروف و هو أنّ المرجع هل هو استصحاب حكم الخاص أو عموم العام و لو شكّ فى موضوع الجواز فلا يجرى استصحاب حكم المخصّص

أيضا فإنّ الجواز و إن كان مردّدا بين مقطوع البقاء و مقطوع الارتفاع فيدخل فى القسم الثّانى من الاستصحاب

الكلّى إلّا أنّه لا يجرى فى الأحكام إذا كان منشأ الشكّ فيها الشكّ فى موضوعها

و فى المقام و إن لم نقل بأنّ جواز المعامله عباره عن ترادّ العينين بل قلنا بأنّه عباره عن ردّ المعاوضه إلّا أنّه يمكن ثبوتا أن يكون ردّها مشروطا ببقاء العين و مع الشكّ يؤخذ بالمتيقن

و على هذا فعلى القول بالإباحه أيضا لا يمكن إحراز جواز الرد بعد التّلف لأنّ جواز الرد الثّابت للمبيح قبل التّلف كان من جهه سلطنه المالك و حيث إنّه بالتّلف خرج الملك عن ملكه و دخل فى ملك المباح له فهذه السلطنه ارتفعت قطعا و لم يثبت سلطنه أخرى إلّا ما ثبت بالإجماع الّذى دلّ على جواز المعاطاه و عرفت أنّ هذا الإجماع لا يفيد لإثبات الجواز بعد التّلف و لا يقال لا إشكال فى إمكان الإقاله منهما على كلا القولين بعد التّلف و مقتضاه إمكان الرد منهما على القولين بعد التّلف لأنّا نقول إن ثبت الملازمه بين ما يجرى فيه الإقاله و ما يجرى فيه الخيار إلّا أنّ ثبوت الملازمه إنّما هو من حيث الاقتضاء أى ما يصحّ فيه الإقاله يصحّ فيه جعل الخيار لا الملازمه الفعليّه و لذا يجرى الإقاله بعد تلف المعيب أو تغيّره مع سقوط الخيار بهما

ثم إنّ من جريان الإقاله بعد التلف لا يمكن استكشاف الجواز الحقّى فى المعاطاه الّذى هو بمعنى الخيار الثّابت حتّى بعد التّلف أمّا أوّلا فلما عرفت أنّ الجواز الحقّى أيضا يمكن ارتفاعه بالتّلف كما فى خيار العيب و ثانيا يمكن أن يكون الجواز حكميّا كالجواز فى باب الهبه و بقيام الإجماع على أنّ تلف العينين ملزم يثبت اللّزوم الحقّى الّذى يجرى فيه الإقاله و ذلك لعدم انحصار اللّزوم الحقّى بما إذا كان الالتزام بالمعاوضه من منشئات المتعاقدين بل كما يمكن أن يكون كذلك يمكن أن يكون بجعل شرعىّ كما فى الجواز الحقّى فإنّه يمكن أن يكون مالكيّا كخيار الشرط و يمكن أن يكون شرعيّا كخيار المجلس و الحيوان فإنّه مع كونه شرعيّا يكون حقيا هذا إذا قلنا بأنّ الأصل فى المعاطاه على القول بالملك هو اللّزوم

و أمّا لو قلنا بأنّ الأصل فيه الجواز لعدم منشأ اللّزوم فالجواز فيها كالجواز الحكمىّ حكما و ثبوته بعد تلف العينين يتوقّف على قيام دليل عليه و حيث إنّ الإجماع عليه لا يفيد لإثباته بعد تلفهما فينحصر بمورد البقاء

قوله قدّس سره و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين إلى آخره

بعد ما تقدم منّا أنّه يمكن ثبوتا أن يكون جواز المعاطاه مختصّا بمورد قيام العينين على حالهما فبعد تلف إحداهما أو تلف بعض من إحداهما يرتفع موضوع الجواز أو هذا على الملك مسلّم

و تقدم منّا أنّ الحكم كذلك على الإباحه أيضا حذو النعل بالنّعل لأنّه بناء عليها يحصل الملك أيضا بتلف إحداهما لكلّ من المبيح و المباح له فإنّه إذا صار من تلف المال عنده مالكا للتالف آنا ما يملك الآخر العين الموجوده أيضا فإذا ملك كلّ منهما مال الآخر فمقتضى الاستصحاب بقاء ملكهما و استرجاع العين عمّن بيده حتّى يرجع هو إلى مثل ماله أو قيمته الّذى تلف عند طرفه يتوقّف على دليل و حيث إنّه لا دليل فيتعين المال الموجود للعوضيّه عن التّالف

إذا عرفت ذلك ظهر ما فى كلام المصنف قدّس سره فى ذيل هذا العنوان من الأمور الأربعه فإنّه أولا ارتضى ما استوجهه بعض

مشـايخه وفاقـا لبعض معاصـريه تبعـا للمسالـک من جريـان أصـاله بقـاء سـلطنه مالـک العين الموجوده و ملکه لهـا فله الرجوع و استشـکل فيه بمعارضـتها بأصـاله براءه ذمّته عن مثل التالف أو قيمته و ثانيا جعل أصاله بقاء السّـلطنه حاکمه على أصاله البراءه و ثالثا ناقش فی جريان الأصلين من جهه العلم الإجمالی

بالضّمان و الشكّ فى أنّ المضمون هو المسمّى بحيث يتعيّن فلا يمكن لمن تلف عنده الرّجوع إليه أو المثل أو القيمه بحيث يمكن له الرّجوع و لا أصل يعيّن أحدهما و رابعا تمسّك بعموم النّاس لرد البراءه عن المثل أو القيمه و قال مقتضى عمومه السّلطنه على المال الموجود بأخذه و على المال التّالف بأخذ بدله

أمّا فى الأوّل فلما عرفت أنّ السّلطنه على المال من آثار بقاء الملك فى ملك مالكه فإذا خرج عن ملكه بمقتضى الضّمان المعاوضى انقطعت سلطنه أيضا فلا يجرى استصحاب حتى يعارض بأصاله البراءه و بالجمله مقتضى الضّمان المعاملى أى التعهد بكون المسمّى عوضا أن تصير العين الباقيه ملكا لمن هى فى يده لأنّ التالف يصير حين التّلف ملكا لمن تلف عنده فلا محاله يصير عوضها ملكا للآخر فكيف يبقى سلطنه مالك العين الموجوده و لا مجال لاستصحابهما قطعا

و العجب من السيد الطّباطبائى قدّس سره فى حاشيته على المتن حيث قال إنّ الأولى التمسّک بعموم القاعده لا الأصل إذ لا مجرى له مع العموم و ذلک لما ظهر من أنّه لا مجال للتمسّک بالعموم و لا الأصل لأنّ عموم النّاس لا يثبت بقاء العين الموجوده فى ملک مالكها الأصلى

و أعجب منه ما فى المتن فى ردّ ترجيح أصاله بقاء السّلطنه على أصاله البراءه بالتمسّک بعموم على اليد من قوله و التمسّک بعموم على اليد هنا فى غير محلّه بعد القطع بأنّ هذا اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان بل و لا بعده إذا بنى المالک العين الموجوده على إمضاء المعاطاه و ذلک لأنّ ما ذكره هدم لأساس باب المعاوضه فإنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده قاعده مستخرجه من قواعد المعاوضات و أساسها يبتنى على الضّمان قبل تلف العين و بعده أمّا قبله فبالعوض المسمّى و أمّا بعده فبالعوض الواقعى من جهه عموم على اليد فإنّ اليد على مال الغير توجب ضمانه إذا لم يكن مجانيا فما دام العين باقيه فالتّضمين يقتضى بدليّه كلّ من العينين عن الأخرى فإذا رجع إحداهما إلى مالكها الأصلى ترجع الأخرى إلى مالكها أيضا إذا كانت باقيه و عوضها إذا كانت تالفه

نعم معنى ضمانها عند التّلف هو الضّمان عند الفسخ و الرّجوع و أمّا مع الإمضاء و عدم الرّجوع فلا معنى للضّمان و بالجمله معنى الضّمان أنّه لو تلفت و طرأ فسخ أو انفساخ فيرجع مثلها أو قيمتها و ليس هذا إلّا مقتضى المعاوضه و اليد فإنّ المعاوضه تقتضى ضمان كلّ من المالكين مال الآخر قبل القبض بمقتضى شرط التّسليم ضمنا و بالقبض ينتقل الضّمان أى ضمان كل ملک على مالكه فإذا طرأ عليه الفسخ فمقتضى اليدان يكون ضامنا لبدله لو كان تالفا و أمّا فى الثّانى فلأنّ حكومه أصاله بقاء السّلطنه على أصاله البراءه إنما تتم إذا كان مفاد أصاله بقاء السّلطنه و أثرها الشّرعى رفع البراءه أو إثبات ضدّها أى الاشتغال و إلّا فمجرّد السببيّه و المسببيه لا أثر له

و لا شبهه أن أثر أصاله بقاء سلطنه مالک العين الموجوده ليس اشتغال ذمّته بالمثل أو القيمه أو عدم خلو ذمّته عنهما بل أثرها الشرعى هو رجوع العين إلى ملكه لو فسخ نعم لازم رجوعها إليه أن يضمن بدل التّالف لما ثبت من الخارج أنّه لم يعط مالک التّالف ماله مجانا و الملازمه الخارجيه غير مفيده فى رفع الشک المسبّبى و أمّا فى الثّالث فلأنّ قوله فلا أصل إنما يصحّ لو كان الشكّ فى مرحله الثّبوت بأن يكون الحادث مشكوكا و أمّا لو كان الشكّ فى مرحله البقاء فيجرى الاستصحاب فيتساقط الأصلان

للعلم الإجمالی و ذلک لأنّه لا إشکال فی ثبوت سلطنه کلّ منهما علی ماله و براءه ذمّه کلّ منهما عن البدل الواقعی ما دامت العینان باقیتین و إنّما الشکّ فی ارتفاع السّلطنه و البراءه

بعد تلف إحداهما فإذا استصحب بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و براءه ذمّته عن المثل و القيمه فيتعارضان و أصاله البراءه عن البدل الواقعى لها حاله سابقه غايه الأمر لا تجرى إما للتّساقط مع أصاله بقاء السّلطنه أو لعدم إمكان جعلهما فى الجعل

و بعباره أخرى فى مورد بقاء العين لا معنى لاشتغال الذمّه بالبدل الواقعىّ حتى يقال لا نعلم بعد التّلف بأنّ الذمّه مشغوله به أو بالمسمّى و لا- أصل يعيّن بل الذمّه لم تكن مشغوله به قطعا و إنّما الشكّ فى أنّ عدم اشتغال الذمّه به باق حتّى لا يمكن له الرّجوع بل يتعيّن المسمّى للبدليّه لئلّا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض أو ارتفع حتّى يمكن له الرّجوع فاستصحاب عدم اشتغال الذمّه بالبدل الواقعى لا محذور فيه فى حدّ نفسه و نتيجته تعيين المسمّى للبدليّه كما أن استصحاب بقاء السّلطنه مع قطع النّظر عمّا أوردنا عليه لا محذور فيه أيضا فى حدّ نفسه و نتيجته اشتغال الذمّه بالمثل أو القيمه

و أمّا فى الرّابع فلأن إبطال البراءه بعموم النّاس مسلّطون لا معنى له لأنّ العين الموجوده لو كانت ملكا لمالكها الأصلى فلا شبهه فى ضمانه البدل الواقعى لأنّ بقائها فى ملكه ملازم لبقاء التّالف فى ملك الآخر فإذا رجع مالك العين الموجوده إلى عينه فيرجع الآخر إليه و يأخذ منه بدل التّالف لأنّه لم يمكن مجّانيا و لو كانت ملكا لمن فى يده فلا سلطنه للمالك الأصلى و عموم السّلطنه لا يحرز موضوعه

قوله قدس سره و لو كان أحد العوضين دينا فى ذمّه أحد المتعاطيين إلى آخره

أى لو باع أحد المتعاطيين ماله من الآخر بالعوض الّذى فى ذمّته للآخر أو اشترى ما فى ذمّته فهل يوجب امتناع الرّجوع على القول بالملك و الإباحه مطلقا أو لا يوجب مطلقا أو يفصل بين القول بالملك فيمتنع دون القول بالإباحه وجوه و توضيح ذلك يتوقّف على صحّه المعاطاه فى المقام و إمكان تملّك الإنسان لما فى ذمّته و لو آنا ما

أمّا صحّتها فى المقام فلا إشكال فيها أمّا على القول بكفايه الإعطاء من طرف واحد فواضح و أمّا على القول بعدمه فللفرق بين المقام و البيع نسيه لأنّ التّعاطى متحقّق فى المقام لأنّ الدّين بمنزله المقبوض فلا يحتاج إلى القبض ثانيا

و أمّا تملّك الإنسان لما فى ذمّته آنا ما و سقوطه به فهو نظير تملّك المشترى لعموديه آنا ما و انعتاقهما عليه و القول بعدم تعقّل تملّك الإنسان لما فى ذمّته آنا ما مساوق للقول ببطلان بيع الدّين على من هو عليه و شراء مال المديون بالثمن الّذى فى ذمّته لأنّه لو قلنا بعدم تملّك الإنسان لعموديه و انعتاقه عليه فإنّما هو لظاهر بعض الأدلّه الدالّه على أنّهما لا يملكان و مع هذا ينعتقان و هذا الدّليل موجب لتخصيص لا عتق إلّا فى ملك

و أمّا فى المقام فحيث لم يقم دليل خاصّ على صحّه بيع الدّين على من هو عليه و لا على صحّه شراء مال المديون بالعوض الّذى فى ذمّته فلا بدّ من تطبيقهما على القواعد العامّه و مقتضى المعاوضه أن يدخل العوض فى ملك من خرج عنه المعوّض فإذا اشترى المشترى مال المديون بالثمن الّذى فى ذمّته فيملك المديون لا محاله الثّمن الّذى فى ذمّته نعم حيث إنّه لا يعقل أن يتملّك الإنسان لما فى ذمّته فيسقط على أىّ حال لا- يترتّب على النّزاع فى المقام و شراء العمودين ثمره عمليّه لأنّه ينعتق العمودين فى ذلك الباب و يسقط الدّين فى المقام

إذا عرفت ذلک فیقع النّزاع فی أنّه بعد تملّک الإنسان ما فی ذمّته و سقوطه فهل یجوز لأحدهما الرّجوع أو حکم السّاقط حکم التّالف فی الأعیان الخارجیّه وجهان من أنّ الدّین لیس بمنزله العین التّالفه الّتی لا یمکن تملکها لأنّ تملک الإنسان ما فی ذمّه الآخر من الأمور الاعتباریّه العقلائیّه فإذا ردّ المشتری العین یملک الدّین

على البائع ثانيا هذا مع أنّ الذمّه لها عرض عريض و لم يتشخص ما فى الذمّه حتى يمكن أن يعرض عليه التّلف و ليس حكم الساقط حكم التّالف فلا منافاه بين سقوطه و إمكان الرّجوع فيه و من أنّ تملّك ما فى ذمّه الغير و إن كان ممكنا إلّا أنّه يحتاج إلى موجب فهو فرع أن يملك و ملكيّته فرع أن يمكن له الرّجوع و هذا دور

و بعباره أخرى إن كان جواز الفسخ مفروغا عنه كما فى باب الخيارات لقلنا بأنّ فى مورد التّلف يرجع إلى المثل أو القيمه فإنّ الرّجوع إلى العين التّالفه غير معقول و فى المقام إذا رجع المشترى لا يرجع أيضا إلى عين ما فى الذمّه الذى كان سابقا فإنّه إعاده للمعدوم و هو ممتنع بل يرجع إلى مثله و هذا يتوقّف على دليل

و الأقوى هو الثّانى فإنّه مضافا إلى عدم الدليل على جواز الرّجوع و تملّك ما فى ذمّه الغير ثانيا يمتنع لجهه أخرى بناء على ما سيجى ء فى باب خيار المجلس من أنّه يعتبر فى جواز الرّجوع بالخيار و نحوه خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظرا إلى أنّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو آنا ما و هذا ممتنع فى المقام لأنّه إذا ردّ المشترى العين الموجوده إلى المديون فلا بدّ أن يخرج الدّين عن ملكه و يدخل فى ملك المشترى و دخول الدّين فى ملك المديون نتيجه السّقوط دائما نظير انعتاق العمودين فى ملك المشترى لهما فإنّه إذا ملكهما ينعتقان فإذا كان نتيجته السّقوط يمتنع الرّجوع بل و لو لم نقل باعتبار تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لكان مجرّد احتماله منشأ للشكّ فى جواز الرّجوع و المتيقن غير هذا الصوره

و أمّا على القول بالإباحه فقد يقال إنّ إباحه الدّين على من هو عليه لا يستلزم السقوط لأنّ كون الدّين مباحا لمن عليه الدّين معناه أنّه يجوز له التصرّفات فيه بإسقاطه عمّا فى ذمّته و المصالحه عليه و سائر أنحاء التصرّفات الجائزه على القول بالإباحه فيرجع مالك ما فى الذمّه إلى ملكه الّذى أباحه لمن عليه لعموم النّاس مسلّطون و سائر الأدلّه

و لكنّه لا يخفى ما فى هذا التقريب لأنّ الإباحه التى هى محل البحث فى باب المعاطاه ليست بالمعنى الّذى حملها عليه صاحب الجواهر قدس سره من أنّ إفاده المعاطاه الإباحه إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطيين الإباحه بل المراد منها التّسليط المالكى على التقريب المتقدم فإذا أوجدا مصداق التسليط فلا فرق بينه و بين الملك فكما أنّه لا يعقل أن يتملّك الإنسان ما فى ذمته فكذلك لا يمكن أن يكون مسلّطا عليه فنتيجه التّسليط أيضا السّقوط و التّلف و التالف لا يعود

قوله قدس سره و لو نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم فهو كالتّلف إلى آخره

أقول التصرّفات الواقعه من أحد المتعاطيين إمّا أن لا تتوقّف على الملك و إما أن تتوقّف عليه و هذا على قسمين قسم من التصرّفات الخارجيّه كالوطى و قسم من التصرّفات فى عالم الاعتبار و هذا أيضا على قسمين قسم من العقود المعاوضيّه و شبهها كالبيع و الرّهن و قسم من الإيقاعات أو عقد غير معاوضى كالعتق و الهبه و العقود المعاوضيّه تاره تقع على الأعيان كالبيع و نحوه و أخرى على المنافع كالإجاره أمّا الإجاره و كلّ تصرف غير ناقل للعين كالعاريه و الوديعه أو غير متوقّف على الملك كالرّكوب و الافتراش فغير موجب لسقوط الرد حقا كان أو حكما على الملك أو الإباحه لبقاء العين على حالها

و أمّا التصرّفات النّاقله أو الموقوفه على الملک کالوطی فموجبه لسقوط الرد مطلقا سواء کانت بالعقد اللّازم أو الجائز على القول بالملک أو الإباحه عاد العین إلی من انتقل عنه بحق خیار أو إقاله أو معاوضه أم لا و العقد الجائز کان معاطاه أو عقدا

فسخ العاقد أم لا و ذلک لأنّ العين بمجرد الوطی أو النّقل إلی غيره خرجت عما هی عليها لأنّ حکم الرد فی المعاطاه حکم الرد فی باب الخيار العيب يعتبر فی جوازه أن تکون العين قائمه بعينها فإذا صارت موطوءه أو ملکا للآخر لم تکن قائمه بعينها

و بالجمله المراد من الجواز فی المقام هو رد العين عن ملک من انتقلت إليه أو أبيحت له بنفس هذه المعامله إلی ملک مالکه الأصلی أو المبيح فرجوع العين ثانيا إليه بأیّ نحو رجع و لو بالفسخ لا يفيد إمکان الرد فإنّ الفسخ و إن قلنا بأنّه يوجب حلّ العقد من حينه لا من حين الفسخ إلّا أنّه حيث يکون دخيلا فی انتقال العين إلی ملک من انتقلت عنه يکون مالکيّه أحد المتعاطيين أو کونه مباحا له بسبب غير السّبب الأوّل و بمقوّم غير المقوّم

الأوّل و بعباره واضحه المناط فی جواز الرد فی المقام هو تعلّق الرد بالعين بما هی متعلقه للمعاوضه لا بذاتها و رد المعاوضه و المنشأ بالفعل يتوقف علی بقاء المعاوضه حتی يرجع عمّا أوجده أولا فمع عروض معاوضه أخری مباينه لها و مثلها انتفی موضوع الجواز و رجوع العين إلی محلّها بسبب آخر غير کونها فی محلّها بالسّبب الأوّل فالموضوع معلوم الارتفاع و هذا من غير فرق بين الملک و الإباحه لأنّ التصرّفات النّاقله تکشف عن سبق الملک للمتصرف لأنّ مقتضی الضّمان المعاملی أن ينتقل الملک عن مالکه الأصلی بتصرّف المباح له أو إتلافه و يدخل آنا ما فی ملک المتصرف و يخرج عن ملکه إلی ملک الثّالث فعوده إلی ملک المالک الأوّل محتاج إلی دليل

و بعباره أخری اللّزوم الحاصل من التصرّف کونه مشروطا بعدم رجوع الملک إلی ملک المتصرف يتوقّف علی دليل فاستصحاب اللّزوم جار بلا إشکال و هذا من غير فرق بين ما إذا قلنا بأن تصرّفات من عليه الخيار لا يوجب سقوط حق ذی الخيار عن العين بعد رجوعها إلی ملک من عليه الخيار ثانيا بالفسخ أو لم نقل و ذلک لأنّ هذين القولين مبنيان علی أنّ الزائل العائد کالّذی لم يزل أو کالّذی لم يعد و فی المقام يقتضی أن يکون الزائل العائد کالّذی لم يعد لأنّه بمجرّد زواله أوجب سقوط حق الرد لأنّ الموضوع فی باب الخيار لم يکن نفس العين و لذا لا يسقط بالتّلف

فيمکن أن يقال تعلّق الخيار بالمثل أو القيمه يدور مدار تعذّر ردّ العين فإذا دخل العين فی ملک من عليه الخيار فيتعلّق الحق بها و فی المقام التلف مسقط للجواز رأسا و التصرّف بالنّقل فی حکمه أيضا فإذا بطل التصرف بفسخ و نحوه فرجوع الجواز متوقّف علی دليل

قوله قدس سره نعم لو قلنا بأنّ الکاشف عن الملک هو العقد النّاقل إلی آخره

توضيح هذه العباره يتوقّف علی بيان الوجوه المتصوره فی نفوذ تصرّف ذی الخيار فيما انتقل عنه و هی أربعه الأوّل أن إراده التصرّف موجبه لنقل الملک عمّن عليه الخيار إليه فتصرّفه بالبيع و نحوه کالوطی يقع فی ملکه و هذا الوجه و إن لم يکن مرضيّا عندنا لأنّ القصد المجرّد عن إنشاء قولی أو فعلیّ لا أثر له فی باب العقود و الإيقاعات إلّا أنّه بناء علی صحّته يرتفع جميع الإشکالات حتّی فی الوطی لأنّه يقع بعد تحقّق الملک للواطی الثّانی أنّ الفسخ يحصل بأوّل جزء من الفعل أو القول و بتمامه يحصل الملک للمشتری و هذا يصحّ فی البيع لا الوطی لأنّ الجزء الأوّل منه يکون محرما و الثالث أنّ الفسخ و البيع يحصلان معا

بالتصرف إلّا أنّ الأوّل مقدّم طبعا على الثّانى

و بعباره أخرى التصـرّف سـبب لترتّب مسـبّبين طوليّين عليه و الرّابع أنّه لو تحقّق التصرّف بالعقد النّاقل فالفسخ يحصل بالإنشاء و البيع بالمنشإ أى البيع من حيث إنّه فعل من أفعال الفاسخ يتحقق به

الفسخ لأنّه يحصل بكلّ ما هو مصداق للتثبت بالملكيه و لذا يعدّ إنكار البيع و العرض على البيع و البيع الفاسد فسخا و أما الانتقال إلى المشترى فهو يحصل بالمنشإ لأنّه لا يعتبر فى انتقال الملك إلى الغير أن يكون إنشاؤه أيضا فى ملك النّاقل و هذا أمتن الوجوه و هذا و إن لم يجر فى الوطى إلّا أنّ الإشكال فى الوطى أصلا غير وارد لأن جوازه ليس موقوفا على تملك الرّقبه بل يكفى لحليّه ملكيّه الوطى كما فى التّحليل

و على أى حال جميع هذا الوجوه لا يجرى فى تصرّف أحد المتعاطيين فيما انتقل إليه أمّا على الملك فلا يتوقّف على شى ء أصلا لأنّه ملكه فيتصرّف فيه كيف شاء و أمّا على الإباحه فيجرى فيها الوجه الأوّل و الثّالث لأنّ تصرّف المباح له بالبيع و نحوه الّذى يتوقف على الملك إنّما يؤثر فى الانتقال إلى الثّالث لو جعلنا إراده التصرّف المتوقّف على الملك من المملّكات أو جعلنا العقد سببا لأمرين مترتّبين دخوله فى ملكه و انتقاله إلى الثّالث و أمّا الوجهان الآخران فلا يجريان فى المقام لأنّ الجزء الأوّل من اللّفظ و كذا تمام اللّفظ لا يوجب تملك المباح له لأنّه لم يقم دليل فى المقام على أن كل فعل من أفعال المباح له يوجب تملّكه لما أبيح له و هذا بخلاف باب الفسخ لأنّه يحصل حتى بالعقد الفاسد

و بعباره واضحه مجرّد إنشاء المباح له لا يوجب تملّكه مال المبيح فضلا عن الجزء الأوّل من إنشائه فتملّكه لما أبيح له إمّا بإراده تصرفاته النّاقله و إما بالعقد النّاقل فعلى الأوّل لو رجع ما انتقل عنه إلى ملكه فلا وجه لرجوع المالك الأصلىّ إليه و أمّا على الثانى فيمكن أن يقال أنّ العقد الّذى كان سببا التملّك المباح له و انتقال المال عن ملكه إلى الثّالث إذا ارتفع بالفسخ يرتفع كلا مسبّبيه و بتعبير آخر لو قلنا أن الملك الحاصل للمباح له إنّما هو باقتضاء العقد النّاقل الواقع بين المباح له مع الثّالث فإذا بطل العقد بطل مقتضاه رأسا

ثمّ إنّه يمكن أن يقال إنه لا يقتضى دخول الملك فى ملك المباح له إلّا فى خصوص العقد المعاوضى لا مطلق العقد النّاقل حتى مثل الهبه و ذلک لأنّ العقد المعاوضى يقتضى دخول العوض فى ملک من خرج عنه المعوّض فعقد المباح له مع المشترى يقتضى دخول الثّمن فى ملكه و خروج الثمن عن ملكه إلى ملك المشترى و لازمه أن يخرج المال عن ملك المبيح و يدخل فى ملك المباح له آنا ما حتى يمكن أن يخرج عن ملكه فإذا فسخ المباح له ما أنشأه أصاله بطل لازمه فيرجع بفسخه إلى ملك المبيح

و بالجمله لو كانت المعاوضه مقتضيه للخروج وجب الالتزام بأمرين أحدهما أنّ الخروج ثابت ما دام العوض باقيا على عوضيّته فإذا رجع عمّا هو عليه رجع إلى ملك مالكه الأصلى و ثانيهما عدم اقتضاء ذلك فى هبه المباح له إذ لا عوض فيها فيمكن أن يخرج المال رأسا عن ملك المبيح إلى المتّهب هذا تمام الكلام فى شرح العباره و توضيح الفرق بين كون إراده التصرّف موجبه للملكيه و العقد الناقل و لكن الفرق بينهما ضعيف جدّا و الفرق بين البيع و الهبه أضعف أمّا الأوّل فلأن تقدير الملك آنا ما للمباح له فى المقام ليس لأجل وقوع العقد بينه و بين الثّالث بل لاقتضاء المعاطاه ذلك فإنّ الضّمان بالمسمّى الّذى هو مفاد المعاطاه يقتضى أن يكون تلف أحد العوضين أو نقله من ملك المتلف أو النّاقل و دخول العوض الآخر فى ملك المبيح و لازمه رجوع المال بالفسخ إلى الناقل لا المبيح فإنّه لو رجع إليه يلزم أن يخرج العوض الآخر عن ملكه و أن يكون الناقل ضامنا للمثل أو القيمه له لا العوض الّذى

أعطاه إياه و هذا خلف فالمسبّبان المترتّبان على العقد إذا كان أحدهما مسبّبا عن المعاطاه و ناشيا عنهما فرفع العقد لا يقتضى إلّا رفع ما هو العلّه له لا رفع معلول علّه أخرى

و بالجمله العقد الصّادر من المباح له ليس إنشاء لأمرين أصلى و هو الانتقال إلى المشترى مثلا و تبعى و هو الانتقال إلى نفسه حتّى لا يكون التبعى مرتفعا برفع الأصلى بل المنشأ ليس إلّا المعامله مع المشترى و أمّا دخول العين فى ملك المباح له تصرّفا معاوضيّا بل مطلق التصرّف النّاقل مقتضى لدخول ملك المبيح فى ملك المباح له لأنّ نفوذه موقوف على التقدير و هذا المعنى مشترك بين العقد المعاوضى كالبيع و غيره كالهبه و بين بقاء العوض فى ملك المبيح و خروجه عن ملكه فكما لا ينفذ بيع غير المالك فكذا لا ينفذ هبته و على هذا لا يمكن أن يكون جواز الرّجوع للمالك الأصلى دون الواهب لأنّ الواهب لم يكن وكيلا عن المالك و لا مأذونا شرعا فى أن يهب عنه فيكون هبته من قبيل هبه الأب و الجدّ مال الصّغير و يكون حق الرّجوع له كما أن حق الرجوع للصغير بعد الكبر لا لوليّه

و بالجمله الواهب يهب عن نفسه لا عن المبيح فلا يمكن أن يكون الهبه صحيحه و حقّ الرّجوع للمبيح لأنّ حقّ الرّجوع إلى العين الموهوبه إن كان مع بقاء المعاطاه على حالها كما هو مفروض البحث و صريح كلام المصنف ففيه أنّ العوض الّذى عند المبيح عوض عن تصرفات المباح له من قبل نفسه فهو يهب مال نفسه لا مال المبيح فينتقل العين الموهوبه آنا ما إلى ملكه و يخرج إلى المتّهب فإنّ الواهب لا يعطى ماله بإزاء أن يكون وكيلا أو مسلّطا على نقل مال النّاس إلى غيرهم هذا مضافا إلى أنّ الهبه عن قبل غيره خلاف الحسّ و الوجدان فالجمع بين بقاء العوض الّذى عند المبيح على عوضيّته و ثبوت حق الرّجوع فى الهبه للمبيح بأن يبطل الهبه و يجعل العين الموهوبه مباحا للواهب كما كان كذلك قبل الهبه جمع بين طرفى النّقيض و إن كان حق الرّجوع بعد بطلان المعاطاه فهذا خلف لأن المفروض عدم وقوع ما يوجب الفسخ قبل صدور الهبه و إن كان جواز الرّجوع إلى الهبه عباره عن فسخ المعاطاه ففيه مع كونه خلاف فرض المصنف أنّ ثبوت حق الفسخ للمبيح أوّل الكلام لاحتمال سقوط الجواز بهبه المباح له

و حاصل الكلام صحّه هبه الواهب عن قبل نفسه و جواز رجوع المالك إلى العين الموهوبه جمع بين طرفى النقيض و وقوع الهبه فى ملك المالك الأصلى مع بقاء العوض على ملكه جمع بين طرفى النّقيض أيضا ثم إنّ المحقّق الخراسانى قدس سره فى حاشيته على المتن التزم بجواز الرّجوع للمبيح إلى العين الموهوبه و لكنّه اختار أنّ الرّجوع فى الهبه ليس فسخا للهبه حتى يرجع الأمر إلى ما كان سابقا أى كأن لم يكن هناك هبه حتى تكون المعاطاه على ما كانت محلّا للتراد بل تملك جديد فإذا كان تملّكا جديدا لا فسخا للهبه ترتّب عليه أمران أحدهما عدم إمكان رد المعاطاه لأنه سقط بالهبه و ثانيهما أنه لا يجب على المبيح ردّ العوض الّذى كان عنده فالعينان و إن اجتمعتا عنده إلّا أنّ إحداهما بالمعاطاه ابتداء أو بعد التصرّف فى إحداهما بالهبه و أخرى بالرّجوع إلى العين فى الهبه لا المعاطاه

فهو قدس سره جمع بين جواز رجوعه فى الهبه و عدم جواز ردّ المعاطاه و جمع بين العوضين أحدهما لكونه بإزاء إباحه المالك ماله للمباح له و ثانيهما لأنّه تملّك جديد و لا يخفى ما فيه لأنّ العوض عوض عن صيروره المال المتّهب لا عن إنشاء الواهب فإذا رجع المال عن المتّهب فلا بدّ أن يرجع ما عند المبيح من العوض إلى ملك الواهب

و بعباره

أخرى العوض فى باب المعاطاه ليس بإزاء إباحه التصرّف آنا ما للمباح له مع عدم استقرارها بل عوض عن نفوذ تصرفاته فالتملّك الجديد لا معنى له فى المقام

قوله قدس سره و لو باع العين ثالث فضولا إلى آخره

لا ـ يخفى أنّه لا ـ وجه لما أفاده المصنف قدس سره من كون الإباحه بعكس الملك وضوحا و خفاء بل على كلّ من المقولين يجوز لكلّ منهما الإجازه لأنّ مبنى الإشكال على القول بالملك هو أن ردّ المعاطاه ليس كردّ ذى الخيار ما انتقل عنه فى تحقّقه بكلّ فعل أو قول بل لا بدّ أن يكون بالدلاله المطابقيّه و هى تتحقق برد العين لا بإجازه عقد الفضولى فإنّها لازمه للرد

و مبنى الإشكال على الإباحه أن المبيح ما لم يبطل المعاوضه بالمسمّى و لم يجعل الضمان ضمان اليد لا يمكنه الرّجوع إلى ماله و لا يخفى فساد كل منهما أما على الملك فلأنّه كما لا إشكال فى أنّ المالك الثّانى لو أجاز لنفذ لأنّ إجازته تصرّف منه فيما انتقل إليه فإنّ تصرّفه فيه أعمّ من التصرّف بنفسه أو تصرّف الغير بإذنه أو إجازته كذلك لا إشكال فى أن تصرف المالك الأصلى بالأنحاء الثلاثه فيما انتقل عنه فسخ منه للمعاطاه

و دعوى أنّه يجب أوّلا ـ ردّ ما عنده حتّى يتحقّق الفسخ دعوى بلا برهان فإنّه كما يتحقّق به كذلك يتحقّق التصرّف فيما انتقل عنه و أمّا على الإباحه فكما إبطال عوضيه المسمّى يتحقّق بردّه إلى الآخر كذلك يتحقّق بالتصرّف فيما أباحه له مباشره أو إذنا أو إجازه و على هذا فعلى كلا القولين ينفذ إجازه كل منهما أمّا على الملك فلأن إجازه المالك الفعلى تصرف فيما انتقل إليه و به يبطل موضوع جواز التراد للمالك الأصليّ و إجازه المالك الأصلى تصرف فيما انتقل عنه و به يبطل المعاطاه و أما على الإباحه فإجازه المباح له إتلاف لما أبيح له و به يلزم المعامله و إجازه المبيح رجوع عن الإباحه

قوله قدس سره و لكلّ منهما ردّه قبل إجازه الآخر إلى آخره

الكلام تاره على الملك و أخرى على الإباحه و الراد على الأول أمّا المالك الأصلى أو الفعليّ و على الثّانى أما المبيح أو المباح له أما ردّ المالك الأصلى فلا يفيد لأنّه أجنبيّ بالنّسبه إلى ما باعه الفضولى و ليس كإجازته رجوعا إلى ملكه لأنّه ليس مصداقا للرّجوع و ليس من قبيل تصرّف ذى الخيار بالبيع أو الإجازه و الحقّ الثّابت له إنّما هو بمعنى جواز ردّ الملك عن المالك الفعلى إلى ملكه لا ـ ردّ الملك عن الثالث إلى ملك المالك الفعلى إلّا أن يقال بالملازمه بين الرد و إراده الرّجوع عرفا فينشأ به الرّجوع التزاما أمّا ردّ المالك الفعلى فلا إشكال فى تأثيره و ينعكس الأمر فى ردّ المبيح و المباح له فإن رد المبيح يؤثر بلا إشكال و أمّا ردّ المباح له فليس كإجازته تصرّفا فى المبيع إلّا أن يقال بتلك الملازمه

قوله قدس سره و لو رجع الأوّل فأجاز الثانى إلى آخره

أى لو رجع المالك الأصلى أو المبيح عن المعاطاه فأجاز الثّانى المعامله الصّادره من الفضولى فهل يؤثر الرجوع أو الإجازه لا يخفى أنّ إطلاق كلامه منزل على ما إذا رجع أحد المتعاطيين إلى ما انتقل عنه الذى باعه الفضولى و أجاز الآخر المعامله الواقعه

على ما انتقل إليه لا مطلقا لأنّ الرّجوع قد يؤثر فى بعض الصّور سواء قلنا بالكشف أو النّقل فإنّ الصّور المتصوّره فى المقام كثيره فإنّ الفضولى قد يبيع المثمن و قد يبيع الثّمن و الرد تاره يقع من البائع و الإجازه من المشترى و أخرى بالعكس و هذا تاره على الملك و أخرى على الإباحه فلو باع الفضولى المبيع فرجع البائع و أجاز المشترى أو باع الثمن فرجع المشترى و أجاز البائع و هذا هو محلّ الكلام

و لو انعكس كما لو كان المبيع هو المبيع و الراجع هو المشترى و المجيز هو البائع أو كان المبيع هو الثمن و الراجع هو البائع و المجيز هو المشترى

فلا إشكال فى تأثير الإجازه لأنّها تقع على ملك مالكه

و بالجمله محلّ الكلام فيما لو وقعت الإجازه على شى ء لولاها لأثر الرّجوع بحيث يبطل عقد الفضولى و أمّا لو كان رجوعه عن المعاطاه إبطالا لوقوع عقد الفضولى فى ملك نفسه فلا يؤثر الرّجوع إلّا هذا المقدار فيبقى موضوع الإجازه الآخر فإذا ظهر موضوع البحث فلو رجع الأوّل ثم أجاز الثّانى فلو جعلنا الإجازه كاشفه بمعنى عدم دخلها فى العقد لكون السبب التّام هو العقد بحيث كان الإجازه طريقا صرفا إلى الواقع كالعلم كما يظهر ذلک من بعض المحقّقين لغى الرّجوع لوقوعه فى ملک الغير و لو كان سابقا على الإجازه لتأخره عن السّبب التّام و هو العقد

نعم لو قلنا بأنّ لها دخلا فى التأثير بنحو الشّرط المتأخر أو بنحو آخر من أنحاء الكشف غير الطريقيه الصرفه فيلغو الإجازه لتأثير الرّجوع قبلها فيصير المقام نظير ما لو باع الأصل ما باعه الفضولى ثم أجاز فإنّ الإجازه تقع من غير المالک و لا يقاس بما إذا باع الفضولى الخلّ ثم وقع الإجازه حين صيرورته خمرا للفرق بينهما فإنّ فى هذا المثال و إن خرج المبيع عن قابليّه التملّک الفعلى إلّا أنّ المجيز الّذى هو ذو الحقّ هو المالک حال العقد و لم يخرج من زمان العقد إلى زمان الإجازه عن الأهليه للإجازه و هذا بخلاف المقيس و المقام فإنّه لو باع الأصيل أو ردّ أحد المتعاطيين فليس المجيز مالكا للإجازه هذا إذا قلنا بأنّ الإجازه كاشفه و أمّا لو قلنا بأنّها ناقله فتلغو الإجازه قطعا

قوله قدس سره و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرّجوع على القول بالملک إلى آخره

ليعلم أنّ حكم الامتزاج حكم التّغيير فى باب رجوع صاحب المال على المفلس و فى خيار العيب و الغبن و الهبه فحكموا بأنّ التغيير أو المزج لا يوجب سقوط حق صاحب العين عن عينه فى باب الفلس لأنّ المناط فيه وجود العين بمقتضى النّبوى إذا فلس الرّجل و وجد سلعته فهو أحقّ بها و هما لا يخرجان العين عن إمكان رجوع صاحبها إليها فلا يضرب صاحب العين مع الغرماء

نعم فى بعض الصّور كما فى المزج بالأجود خالف الشيخ و العلامه المشهور فقالا بسقوط حقّه من العين و أمّا المشهور فجعلوا المناط وجود العين فما لم يطرأ عليها التّلف فصاحب العين أحقّ بها و أمّا فى باب خيار العيب فحكموا بسقوطه بالتغير و المزج لأنّ المناط فيه هو بقاء العين بعينها كما هو مقتضى مرسله جميل عن الصّادق عليه السّلام قال إن كان الثوب قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثّوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب و هذا المناط مشترک بين المزج و التّغيير فيسقط الرد دون الأرش

و أمّا الهبه و الغبن فألحقوهما بباب العيب بل ورد فى صحيح الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها و إلّا فليس له نعم عن المحقق اختصاص سقوط الرّجوع بالتلف الحقيقى دون التغيّر و الامتزاج و أمّا باب الغبن فسيجى ء حكمه فى محلّه إن شاء اللّه و على أىّ حال لم يفرقوا بين التّغير و المزج فى الأبواب الأربعه و أما فى المقام فحيث إنّ المصنف قدس سره بنى على أنّ الجواز فى المعاطاه ليس بمعنى الجواز فى باب الخيار و لا كالجواز فى باب الهبه بل بمعنى تراد العينين فيمكن الفرق بين التغيّر و الامتزاج فالإيراد عليه بأنّه لا وجه للجزم باللزوم فى مورد المزج بناء على الملک و التّرديد

فی مورد التّغيير ضعيف

نعم الأقوى عـدم الفرق بين التغيّر و المزج فی سـقوط جواز الرد علی القول بالملك و الإباحه و ما اخترناه فی الدّوره السّابقه من الفرق بين القولين لا وجه له

و توضيح ذلك مضافا إلی عدم

الفرق بينهما بحسب السيره المستمره و أنّه لو ردّ أحد المتعاطيين المتاع الّذى فصّله أو صبغه أو مزجه بأىّ نحو من المزج ينكرون عليه أنّ الإباحه الحاصله بالمعاطاه ليست عباره عمّا اختاره صاحب الجواهر و يظهر من المصنف قدّس سرّهما من كونها كإباحه الطعام بل تسليط مالكى و تضمين معاوضىّ و لا تنقص عن الملك و يترتّب عليه جميع ما يترتّب على الملك فإنّ المعاطاه بناء على الملكيّه موجبه لتبديل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى و بناء على الإباحه و إن لم تتبدل نفس طرفى الإضافتين إلّا أن جميع آثار التبديل كالسّلطنه على التصرف المالكىّ يحصل للمباح له و يبقى الملك مسلوب الأثر لمالكه فإذا كان كذلك فعلى الملك المزج و كذا التّغيير موجب لسقوط جواز الرّجوع

أمّا المزج فلامتناع ترادّ الأعيان المملوكه فإذا امتنع التراد لزم المعاطاه و احتمال حصول الشركه للمالك الأصلى فرع بقاء تعلّق حقّه بذات الأجزاء و بقاء الحق فرع إمكان امتيازها و لا يقاس المقام بما إذا بيعت الأجزاء من الغير لأنّ البيع يقع على مقدار من هذه الأجزاء لا على نفسها و إلّا لا يصح البيع أيضا

و ما أفاده المحقّق الخراسانى قدس سره من أنّه لا يمتنع التراد لو لم نقل بحصول الشركه بمجرّد الامتزاج لبقاء الأجزاء الممتزجه على ما كانت عليه من الملك أو الإباحه لمن صارت إليه من المتعاطيين ضعيف لأن مناط لزوم المعاطاه ليس منحصرا بخروج المال عن قابليه التملّك بل ممّا يوجب اللّزوم عدم بقاء العين على ما هى عليه من الوصف كما فى خيار العيب

و أمّا التّغيير فلعين البرهان المتقدم آنفا سواء كان تغييرا موجبا لزياده القيمه كالسّمن و الصّبغ و القصاره أو لنقصانها كفصل الثوب أو تعيّبه أو نسيان الكتابه و الطّحن أو لم يكن كذلك و فى المزج أيضا لا يتفاوت المزج بالمساوى أو الأجود أو الأردإ و بما يوجب الإتلاف أو لا أى لا يتفاوت فى البابين بين أن يوجب المزج أو التّغيير ضمان المازج أو المغير كما لو مزجه بالأردإ أو غيّره بما يوجب النقص و أن يوجب شركه المازج أو المغيّر كما لو مزجه بالأجود أو غيّره بما يوجب زياده القسمه لأن المناط فى مقامنا هذا عدم بقاء العين على ما هى عليه فلا فرق بين جميع الصّور

و السر فى ذلك ما أشرنا سابقا أنّ الجواز هنا و إن لم يتعلّق بالعين ابتداء بحيث لا يكون له مساس بالمعاوضه إلّا أنّه من الممكن أن يكون كخيار العيب الثّابت فى مورد بقاء العين على ما هى عليه و التّغير أو المزج يخرج العين عمّا هى عليه فإنّ فى مرسله جميل جعل قطع الثوب أو خيطه أو صبغه مقابلا لبقاء العين و قيامها على ما هى عليه

نعم يمكن أن يكون كخيار المالك فى باب المفلس إلّا أنّ الشكّ فى كونه ملحقا بأنّهما يكفى فى لزوم المعاطاه و عدم جريان استصحاب الجواز و ليس منشأ الشكّ كون الموضوع عرفيا أو عقليّا و لا يبتنى جريان الاستصحاب و عدمه على الوجهين كما لا يخفى هذا على الملك

و أمّا بناء على الإباحه فحيث قد عرفت أنّها ليست كإباحه الطّعام دائره مدار الإذن حتى ترتفع برفعه بل تسليط مالكى و تضمين معاوضى فالمتيقّن من جواز الرد أيضا هو بقاء العين على ما هى عليه فإذا تغير وصفها فيرتفع موضوعه هذا مضافا إلى أن استصحاب الجواز له معارض باستصحاب بقاء سلطنه المباح له و استصحاب بقاء المسمّى على العوضيّه و ليس بينهما سببيّه و

مسببيّه لكون كلّ منهما مسبّبا عن نحو الجعل الشّرعى ثبوتا هذا مع ما تقدم من أنّ السّيره المستمره قائمه على اللّزوم

قوله قدس سره ثم إنّك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرّجوع فى مسأله المعاطاه نظير الفسخ فى العقود اللّازمه حتى يورث بالموت إلى آخره

لا إشكال فيما و ذكره قدس سره سواء قبل بالملك أو الإباحه أمّا على الملك فلأنّ الجواز فى المقام ليس حقّا مالكيا

حتّى ينتقل بموت المورث إلى الوارث و يسقط بالإسقاط بل هو نظير جواز الرّجوع فى الهبه فإثبات هذا الحكم للوارث يتوقّف على دليل و لا يقاس الجواز الحكمى على حقّ الإقاله الّتى يرثه الوارث لأنّه عباره عن ملك الالتزام الّذى كان للمالك فإذا مات انتقل هذا الحقّ إلى الوارث بخلاف الحكم المحض فإنّ المالك لم يترك شيئا حتى يرثه وارثه

و لا يقاس أيضا على حقّ الخيار فإنّه عباره عن ملك التزام نفسه و التزام طرفه فقوامه بملك كلا الالتزامين و لذا قيل بعدم ثبوت الخيار للزّوجه فى العقار الّذى لا ترث منه سواء كان منتقلا إلى زوجها أو منتقلا عنه لأنّه لو انتقل إليه فالزّوجه غير مالكه لالتزام زوجها لأنّ ملك التزام الزّوج طريق لرد العقار و المفروض أنّها لا ترث العقار فلا ترث طريق ردّه و إن كان منتقلا عنه فهى غير مالكه لالتزام طرف زوجها لأنّها لا ترث العقار لو ردّ بالفسخ فلا ترث الفسخ أيضا هذا على الملك

و أمّا على الإباحه فلو قيل بأنّها من قبيل إباحه الطعام كان مقتضاه بطلان المعاطاه بموت المبيح و المباح له فإنّها لو كانت كذلك كانت من قبيل العقود الإذنيّه كالعاريه و الوديعه و الوكاله الّتى تبطل بموت الآذن و المأذون و لا يبقى موضوع لها حتى تكون جائزه أو لازمه و لكنّك خبير بأنّها من المعاوضات و لا تبطل بموت أحد المتعاطيين فيقع الكلام فى لزومها أو بقائها على الجواز

ثم على اللّزوم هل تبقى على ما كانت عليه من الإباحه أو ينتقل المباح آنا ما إلى ملك الميّت و ينتقل إلى الورثه وجوه و الأقوى هو الأخير أمّا عدم بطلانها بالموت فللسيره المحققه و تفرّع النّزاع فى اللّزوم أو البقاء على الجواز على عدم البطلان بالموت فإنّها لو بطلت بالموت كيف يفتى المحقّق و الشهيد الثّانيان بأنّها تصير لازمه بالموت بل يظهر من المصنف ذلك أيضا فإنّه فى جواب استبعاد الشّيخ الكبير بأنّها على الإباحه كيف يرث الوارث أجاب بأنّها استبعاد محض و لم يجب بأنّها تبطل بالموت و لا يرث الوارث ما أخذه المورّث معاطاه

و أمّا لزومها فلعين ما ذكرنا فى الملك فهو أنّ الجواز الحكمى لا ينتقل إلى الوارث فليس له فسخ المعاطاه نعم هنا شبهه لا تجرى على الملك و هى أنّها على الملك إذا بقى الجواز للورثه فلا بدّ أن يكون من جهه إرث نفس الجواز و حيث إنّه حكم شرعىّ فلا يرثه الوارث و أمّا بناء على الإباحه فحيث إنّ الملك باق على ملك المبيح فإذا مات انتقل إلى وارثه فللوارث ردّ المعاطاه من حيث إنّه من آثار سلطنته على المال و لا من جهه إرثه الجواز و ذلك كما فى الإجازه فى باب الفضولى فإنّها غير قابله لأن يرثها الوارث إلّا أنه إذا انتقل ما باعه الفضولى إليه بالإرث فله أن يجيز و هكذا فى وارث المستودع بناء على عدم بطلان الوديعه بالموت

و لكنّك خبير باندفاع هذه الشّبهه أيضا فى المقام فإنّه كما يعتبر فى الجواز الثّابت فى المعاطاه بقاء العين على ما هى عليه كذلك يعتبر فى المتعاطيين أيضا بقاؤهما كذلك فلو تبدّل أحدهما أو كلاهما يرتفع موضوع الجواز بل لو شكّ فيه أيضا فالمتيقّن منه ثبوته لخصوص المتعاطيين و أمّا انتقال المال إلى ملك الميّت و انتقاله إلى الورثه فلأن تقدير الملك عند التّلف هو الموجب للتقدير عند موت أحد المتعاطيين و ذلك لأنّه لو كان المال باقيا فى ملك المبيح و لم يجز له التصرّف بنحو من الأنحاء فهو بمنزله العدم لأنّه لا معنى لأن يكون الشخص مالكا و لا يتمكن من ترتيب آثار الملك على ملكه فكما أنّه فى مورد

التّلف يقدر الملك من باب عدم إمكان تعلّق الملك بالتّالف فكذلك إذا امتنع التملّك يقدر الملك آنا ما

و بالجمله لو فرضنا أن التّسليط

المالکی اقتضی بقاء الملک للمالک مسلوب المنفعه و لکنّه کان مالکا لأن یرجع سلطنته إلی نفسه کان له أثر من آثار الملک و أمّا إذا ارتفع هذا الأثر أیضا فلیس إلّا کالتالف الحقیقی

قوله قدس سره و لو جنّ أحدهما فالظّاهر قام ولیّه مقامه فی الرّجوع علی القولین إلی آخره

قد اخترنا فی تعلیقتنا سابقا علی هذا العنوان ما هو مختار المصنف و قلنا إنّ الجنون لا یقاس علی الموت لأن کل ما یقبل النّیابه یقوم فیه الولیّ مقام المولی علیه و مباشره المالک فی الرد غیر معتبره بلا إشکال لصحه توکیله فیقوم ولیّه مقامه إذا جنّ و لذا قوینا فی باب الطلاق صحّه طلاق الولی إذا جنّ المولی علیه بعد الکبر و لکن لا یخفی فساد ذلک أمّا بناء علی الإباحه فعلی ما یظهر من المصنف قدس سره من أنّها من قبیل إباحه الطعام فمقتضاه بطلان المعاطاه بالجنون فإنّها کالعقود الإذنیّه تبطل بجنون الآذن و المأذون و المبیح و المباح له بل لو جن الباذل للزّاد و الرّاحله لا یجوز للمبذول له التصرف فی مال الباذل خصوصا لو جنّ قبل إحرام المبذول له

ففی المقام لو جنّ کل واحد منهما فلا یجوز أن یتصرف الآخر فی مال المجنون و بقاء حق الرّجوع للولیّ فرع بقاء المعاطاه علی حالها و أمّا علی ما اخترناه من معنی الإباحه و هی کونها تسلیطا مالکیّا فحکمها حکم الملک و حکم المجنون علی الوجهین حکم الموت فی لزوم المعاطاه لاشتراط بقاء الجواز ببقاء المتعاطیین علی حالهما حین المعاطاه و قیام الولیّ مقامهما فرع بقاء الجواز

[الأمر السّابع أنّ الشّهید الثانی ذکر فی ذلک وجهین فی صیروره المعاطاه بیعا]

قوله قدس سره الأمر السّابع أنّ الشّهید الثانی ذکر فی ذلک وجهین فی صیروره المعاطاه بیعا بعد التّلف و معاوضه مستقلّه إلی آخره

توضیح المقام یتوقّف علی بیان حال المعاطاه قبل التّلف بناء علی الملک و الإباحه حتی یعلم حالها بعده فنقول أمّا بناء علی الملک فلا إشکال فی أنّها بیع من أوّل الأمر غایه الأمر أنّها جائزه و تلزم بعروض أحد الملزومات فالوجهان المذکوران فی المسالک لا یجریان علی القول بالملک و أمّا بناء علی الإباحه فقد ظهر أنّها متصوّره علی وجوه الأوّل ما بنی علیه صاحب الجواهر قدس سره و حمل علیه کلمات الأصحاب من أنّ المعاطاه تفید الإباحه فیما إذا قصدها المتعاطیان

الثّانی ما یستفاد من کلمات جماعه من أنّها إباحه شرعیّه رتّبها الشّارع علی خلاف ما قصده المتعاطیان من التّملیک الثالث ما وجّهنا به کلمات المشهور من أنهما قصد التّملیک و لکنّهما أوجدا مصداق التّسلیط فهی إباحه مالکیّه لإیجادهما ما هو مصداق التّسلیط المالکی و أمضاها الشّارع أیضا الرّابع ما قوّیناه أخیرا من أنّهما قصد التّملیک و أوجدا ما هو مصداقه إلّا أن حصول الملک مشروط بتعقّبه بأحد الملزومات کاشتراط حصول الملک فی الصرف و السّلم بالقبض غایه الأمر جوّز الشّارع قبل الملزمات تصرّف کلّ منهما بأیّ نحو من أنحاء التصرّف سواء کان مما یوجب حصول الشّرط کالتصرفات المتلفه و ما بحکمها

أو لم يكن فالإباحه قبل حصول الشرط شرعيّه و على هذا فالفعل جزء السبب و جزؤه الآخر التصرفات المتوقفه على الملك أو التّلف و حيث إن جميع هذه الوجوه لا تخلو عن إشكال فالأقوى كونها مفيده للملك ابتداء

و على أى حال لو قلنا بما اختاره صاحب الجواهر قدس سره الّذى إليه يرجع تنظير المصنف قدّس سرّه الإباحه الحاصله بالمعاطاه بإباحه الطعام فلا بدّ من الالتزام بأنّها معاوضه مستقلّه و خارجه من أبواب العقود المتعارفه فيكون نظير استيفاء المال أو العمل بالأمر المعاملى الموجب لتقدير الملك آنا ما و بأن التّضمين بالعوض المسمّى ينشأ من أوّل الأمر لا عند التّلف حتى يقال إنّ التّلف أو التصرّف ليس معاوضه و لازم جعل المسمّى عوضا هو انتقال الملك آنا ما إلى ملك المتصرف أو من تلف المال عنده و الدّليل على هذا المعنى هو السيره الموجوده

فلاـ يقاس المعاطاه على إباحه المالک التصرّفات المتوقّفه على الملک لغيره الّتى منعنا کونها من أنحاء سلطنه المالک و قلنا إنّه ليس للمالک السلطنه على الأحکام الشّرعيّه

و بالجمله بناء على الإباحه بالمعنى الأوّل فلا بدّ من جعلها معارضه مستقلّه رتّبها الشّارع على قصد الإباحه من المالک بالعوض المسمّى إذا تحقّق منه فعل على طبق قصده و لم يرتّبها على قوله و أمّا جعلها بيعا بعد التّلف فبعيد جدّا للزوم الانقلاب فإنّ ما ليس بيعا کيف يصير بيعا

و لو قلنا بالوجه الثّانى فالصّواب أن يقال أيضا بأنّها معاوضه مستقلّه و لکنّها قهريّه شرعيّه و جعلها الشّارع لازمه بأحد الملزمات أو أنّ الشّارع رتّب عليها أوّلا ما هو مخالف لما قصده المتعاطيان و حکم عند تحقّق الملزمات بطبق ما قصده أو لو قلنا بالوجه الثّالث فهو و إن کان يقتضى کونها معاوضه مستقلّه لا بيعا إلّا أنّها لازم مساو للبيع لأنّ التّسليط المالکى عباره عن إعطاء المالک جميع آثار الملک لغيره و هذا مرجعه فى الحقيقه إلى إعطاء نفس الإضافه و السّلطنه الّتى منعنا سابقا کونها داخله تحت سلطنه المالک لأنّ ما هو داخل تحت سلطنته هو طرف الإضافه لا نفس الإضافه إلّا أنّها على أىّ حال مرجعه إلى البيع

ثم إنّ انتقال کلّ عوض إلى ملک من انتقل إليه بالتّلف إنّما هو من آثار جعل الضّمان بالمسمّى لا أنّه بالتّلف ينقلب عمّا هو عليه و يصير بيعا فإنّ هذا الاحتمال أبعد الوجهين المذکورين فى المسالک و لو قلنا بالوجه الرابع فمقتضاه کونها بيعا من أوّل الأمر و لا يجرى فيه الاحتمالان کما لا يجريان على ما هو المختار تبعا للمحقّق الثّانى من حصول الملک بنفس الفعل

ثمّ إنّهم ذکروا نظير هذين الوجهين المذکورين فى المسالک على القول بالإباحه فى مسأله القسمه و الإقاله فاختلفوا فى أنّ القسمه بيع أو إفراز حقّ و أنّ الإقاله فسخ أى حلّ للعقد الأوّل الّذى لازمه رجوع کلّ مال إلى مالکه الأصلى أو بيع أى إنشاء تمليک عکس الإنشاء السّابق و قيل بالتّفصيل بين ما إذا قيل بلفظ فسخت فإنّها فسخ و ما إذا قيل بلفظ أقلت فهى بيع

و کيف کان فعلى القول بالملک يلحقها من أوّل الأمر جميع الخيارات الثابته للبيع عدا ما استفيد من دليله اختصاصه بالبيع العقدىّ الّذى مبناه على اللزوم لو لاـ الخيار لاـ وجه للقول بلحوقها بها بعد لزومها بالتّلف و نحوه خاصّه لا قبله کما هو ظاهر المصنف التفاتا إلى کونها جائزه قبل التّلف و عدم الفائده فى الخيار حينئذ و ذلک لعدم انحصار الفائده فى الرّد لإمکان إسقاطها و الصّلح عليها

و بالجمله لا يلحقها خصوص خيار المجلس و الحيوان لظهور دليلهما فى اختصاصهما بالبيع العقدىّ الّذى مبناه على اللّزوم لو لا الخيار نعم لو قلنا بثبوتهما لکلّ بيع لازم سواء کان الالتزام من منشئات المتعاقدين أى کان عقديّا أو حقّيا من مجعولات الشّارع فيلحقان بها بعد ما صارت بيعا لازما و يلحقها خيار العيب و الغبن و الشّرط لعدم اختصاصها بالبيع العقدى فإنّ ثبوتها فى البيع و شبهه من المهر و عوض الخلع إنّما هو للشّرط الصّريح أو للشّرط الضّمنى الّذى يتضمّنه کلّ معاوضه عرفا و عاده فإنّ بناء النّوع على عدم الالتزام بالمعيوب و بما لا يتغابن بمثله و لا ينحصر دليل الخيار بقاعده لا ضرر حتّى يقال باختصاصه بالبيع العقدى لکونه متيقّنا کيف و لو لا الشّرط الضّمنى لما أمکن إثبات الخيار بتلک القاعده لبناء المتعاملين على المعامله کيف ما کانت و

إقدامهما عليها مطلقا

و بالجمله فكلّ عقد أو معامله لم يكن اللّزوم فيها حكميا و لم تكن من قبيل النّكاح و الضّمان يلحقها خيار العيب و الغبن و الشّرط نعم الخيار فى المعاطاه ليس بمعنى ملك فسخ الالتزام و إقراره فإنّها لم تكن متضمّنه للالتزام المنشإ من المتعاملين بل بمعنى حلّ ما أوجداه و هذا المعنى يمكن ثبوته للمتعاطيين من حين المعاطاه إلى ما بعد التّلف

و ليس الجواز الثّابت من أجل تخلّف الشّرط الصّريح أو الضّمنى كالجواز الحكمىّ حتّى يمتنع عند التّلف و لا يكون قابلا للإسقاط و الإرث بل جواز حقّى لا يتوقف على بقاء العينين فلو تلف عوض المعيوب جاز ردّ المعيوب و لو تلف المعيوب جاز أخذ الأرش و أمّا خيار الرّؤيه و خيار التأخير فبناء على عدم اعتبار التّعاطى من الطّرفين يجريان فيها سواء قلنا بأنّهما من مصاديق تخلّف الشرط الضّمنى أم قلنا بكونهما خيارين مستقلّين

و أمّا على الإباحه كما هى مبنى المسالك فتثبت لها الخيارات الثّابته فى كلّ معامله و كذا الخيارات اللّاحقه لكلّ بيع بعد ما صارت بيعا و أمّا الخيارات المختصّه بالبيع العقدى كخيار المجلس و الحيوان على ما استظهرناه من دليلهما فلا تثبت لها خلافا للمسالك فإنّه التزم بثبوت خيار الحيوان له و إنّما استشكل فى مبدئه و احتمل أن يكون حين المعاطاه و أورد عليه بأن المعاطاه على مبناه ليست بيعا قبل التّلف فكيف يحتمل أن يكون مبدأ خيار الحيوان من حين المعاطاه و لكنّه يمكن أن يوجّه بأن البيع و إن تحقّق حين التّلف إلّا أن منشأه و السّبب الموجد له هو المعاطاه و كان ما يئول إلى البيع بمنزله البيع

و لكن يرد عليه بأنّه لا فرق بين خيار المجلس و الحيوان فإذا انتفى خيار المجلس ينتفى خيار الحيوان أيضا و لو بعد تحقّق اللّزوم نعم بناء على الفرق بينهما فوجه تقيّده ره ثبوت خيار الحيوان بما لو كان التّالف الثّمن أو بعضه ظاهر فإنّ ثبوت خيار الحيوان و إن لم يتوقّف على بقاء الحيوان فى غير مقامنا هذا إلّا أنّه يتوقّف على بقائه فى المقام حتى يثبت الخيار لأنّه يشترط فى تعلّقه بالتّالف أن يتعلّق به قبل تلفه و لو آنا ما حتى لا يكون تلفه موجبا لسقوطه فيرد مثله أو قيمته فلو كان التّالف الثّمن فبعد تلفه يصير المعاطاه بيعا فيتعلّق به خيار الحيوان و أمّا لو كان التّالف نفس الحيوان فما لم يتلف لم يكن خيار لعدم صيرورتها بيعا و إذا تلف تلف غير متعلّق به الخيار فمن أين يثبت المثل أو القيمه

و بالجمله تعلّق حقّ الخيار فى المقام بالمثل أو القيمه يتوقّف على تحقّق الخيار و تحقّقه يتوقف على تعلّقه بالمثل أو القيمه نعم لو ثبت من الخارج ثبوت الخيار فى المقام فلا بدّ من تقدير تعلّقه آنا ما بالحيوان حتّى يثبت المثل أو القيمه لأنّ شرط تعلّق الحق بالبدل أن يتعلّق بالمبدل و لو آنا ما فلو لم يكن هناك دليل خاصّ فعمومات أدلّه الخيار لا تفيد لإثبات التّقدير آنا ما و لذا قيل بامتناع تعلّق حقّ الخيار بمن ينعتق على المشترى و سيجى ء توضيحه فى محلّه إن شاء اللّه تعالى

[الأمر الثّامن لا إشكال فى تحقّق المعاطاه]

قوله قدّس سرّه الأمر الثّامن لا إشكال فى تحقّق المعاطاه

لا يخفى أنّ ظاهر عبارته قدّس سرّه أنّ المقصود فى هذا العنوان تحقّق المعاطاه بالقول الغير الجامع لشرائط اللّزوم فقط كخلوّه

عن القبض فى باب الوقف و الهبه بـذى رحم و لكن بالتأمّل فى مجموع كلماته يظهر أنّ المقصود أعمّ من فقـد شـرائط اللّزوم و الصّحه

و بالجمله مقصوده الجمع بين ما هو المسلّم بينهم من أنّ المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتّب عليه شى ء من آثار الملكيّه بل يحرم التصـرّف فيه و يجب ردّه فورا إلى مالكه و يضـمن العين و منافعها المسـتوفاه و غير المسـتوفاه و بين ما يظهر من كلام غير واحد تبعا

للمحقّق و الشّهيد الثّانيين أنّه لو أخلّا بالشّروط المعتبره فى الصّيغه و أوقعا البيع خاليا عنها يكون معاطاه لو علم التراضى منهما

ثم إنّ قوله قدّس سرّه أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللّزوم إلى آخره ليس المقصود منه خلوّ القول عن شرائط اللّزوم عند كل أحد حتى يكون قوله فإن قلنا بعدم اشتراط اللّزوم بشى ء زائد على الإنشاء اللّفظى خلفا كما أورده عليه المحقّق الخراسانى قدّس سرّه بل مقصوده خلوّه عن شرائط اللّزوم عند المشهور فالترديد لا يكون خلفا

ثم إنّ ما ذكره هذا المحشّى قدّس سرّه فى وجه الجمع من أنّ الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد اقتضائى بمعنى أن قضيّته فساده إنّما هو لكونه عقدا فلا ينافى صحّته بما هو معاطاه لا يخفى ما فيه فإنّ هذا العنوان الطّارى دائما موجود فى المقبوض بالعقد الفاسد سيّما إذا قلنا بأنّ العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاه و لو لم يتحقّق معه قبض أصلا فترتيب الأعلام هذه الآثار عليه لا يبقى له موضوع

إذا عرفت ذلك فنقول تاره يتحقّق قبض العينين بعد القول الفاسد و أخرى لا يتحقّق فلو لم يتحقّق فهذا خارج عن المعاطاه المصطلحه و لا بدّ من إخراجه من موضوع بحث الشّهيد و المحقّق الثّانيين و من تبعهما و القول بأن إنشاء القولى الغير الجامع لشرائط الصحّه يرجع إلى حكم المعاطاه مطلقا لا وجه له و لو تحقّق قبض العينين فتاره بناؤهما على الإغماض عن القول السّابق و إنشائهما التّمليك أو التّسليط بالفعل فهذا داخل فى المعاطاه موضوعا و ليس هذه الصوره محطّ كلام المحقّقين و من تبعهما لأنّ مجرّد وقوع المعاطاه بعد العقد الفاسد لا يوجب الشكّ فى دخولها فى عنوان المعاطاه

و أخرى ليس بنائهما على الإغماض و هذا على قسمين لأنهما قد يقبضان وفاء بما التزما به على البيع الفاسد بحيث لم يعلم منهما رضاء بالتصرّف إلّا الرّضا المعاملى الّذى كان فى ضمن الإنشاء الفاسد و مقيّدا به و هذا أيضا خارج عن موضوع البحث لأنّ هذا هو المقبوض بالعقد الفاسد الّذى هو موجب للضّمان و يترتّب عليه آثار خاصّه و قد يقبضان لا بما أنّ القبض وفاء بل رضى جديد حاصل لهما على أىّ حال و هذا هو موضوع كلامهما و كلام من تبعهما ثم الرّضا كذلك تاره تحقيقىّ كما لو علما بفساد الصّيغه و مع ذلك رضيا بالتصرف

و أخرى تقديرى كما لو جهلا به و لكن استكشف من حالهما أنّهما لو علما بفسادها لرضيا بالتصرّف أيضا كالرّضى المستفاد من شاهد الحال فى غير المقام فمرجع كلامهما إلى أنّه يكفى الرّضا و الطيب الّذى يجوز معه التصرّفات الغير المتوقّفه على الملك للتصرّفات المتوقّفه عليه و سائر الآثار المترتبه على المعاطاه من اللّزوم بالملزمات

و لا يخفى أنّ إدخال هذا فى المعاطاه يتوقّف على أمرين الأوّل كفايه الرّضا الشّأنى حتى يشمل كلامهما صوره الجهل بالفساد الثّانى عدم اعتبار إنشاء عنوان العقود قولا و لا فعلا بل كفايه مجرّد وصول كلّ من العوضين إلى المالك الآخر و هذا ممّا لا يمكن الالتزام به سواء قلنا بالملك أو الإباحه لأنّ مجرّد الرّضا سواء كان فعليا أو تقديريا و تحقّق قبض بعده أو قبله لا أثر له فى باب العقود و الإيقاعات فإنّ القبض الواقع بعد العقد الفاسد إذا لم ينشأ به التّمليك و لا التّسليط كما هو المفروض وجوده كالعدم و الرّضا بالتصرّف أيضا لا أثر له إلّا جواز التصرفات الغير المتوقّفه على الملك

و أمّا حصول الملك بمجرّد الرّضا أو الأوّل إليه أى تعيّن المسـمّى للبدليّه بطروّ أحد الملزمات فلم يقم دليل على حصوله بمجرّد الرّضا لأنّ عناوين العقود إيجاديّه و لا بدّ من حصولها بإنشائها قولا أو فعلا و لا عموم فى طرف

المستثنى فى قوله ص إلّا بطيب نفسه لأن عموم المستثنى منه لا يقتضى عموم المستثنى

هـذا مع أنّه و لو قلنـا بإباحه جميع التصـرّفات حتّى المتوقّفه على الملك بمجرّد الرّضا الباطنى إلّا أنّه كيف يتحقّق الرّكن الآخر و هو الضّـمان بالمسـمّى و انتقال التّالف إلى ملك من تلف فى يـده فإنّه يتوقّف على إنشاء لا محاله إمّا بقوله أعتق عبدك عنّى و علىّ عشـره و إمّا بإعطائه النّاشى عن قصد التّمليك أو التّسليط له و كفايه وصول كل واحد من العوضين إلى المالك الآخر كما فى مسـأله كوز الحمّـامى و السـقاء و نحوهما و إن لم ينشأ إباحه أو تمليكا ممنوعه أمّا أوّلا فلعـدم كون أمر الحمّام و السّـقاء من بـاب المعاطـاه و أمّـا ثانيـا فلأنّ قيام السّـيره على تحقّقها بالإنشاء من طرف واحـد غير موجب لتحقّقها و لو لم يكن هناك إنشاء أصلا كما فى المقام

تذنيبان

الأوّل فى حكم النماء و المنافع على القول بالملك قبل الرّجوع و بعده

و بيانه يتوقّف على رسم أمور الأوّل أنّ النماء عباره عن الأعيان المسـتخرجه من المال أى ما يمكن الإشاره الحسيّه إليه لوجود ما بحـذاء له فى الخـارج سـواء كـان قابلاـ للانفصـال كـاللبن و الثمره و النّتـاج و الصوف و نحو ذلـك أو لم يكن كالسّـمن و نموّ الأشـجار و المنافع ما لا يكون بحذائه شى ء فى الخارج كسكنى الدّار و ركوب الدّابّه و قد يطلق كلّ منهما على الآخر الثّانى أن حكمهمـا فى الرّد بالخيـار مختلف سواء كـان الخيـار أصـليّا كخيـار المجلس و الحيوان و الشـرط و نحو ذلك أو عرضـيّا كخيار التّفليس

فـذهب المشـهور إلى أنّ النّمـاء المنفصـل و المنافع مسـتوفاه كانت أو تالفه ملك لمن انتقل إليه المال فلا تردّ بردّ العين و النّماء المتّصـل تـابع للعيـن و اختلفـوا فى مثـل الصّـوف و الشّـعر المتّصـل الّـذى يقبـل الانفصـال فى أنّ حكمـه حكم السّـمن أو حكم المنفصـل و الحقّ أنّه قبـل انفصـاله أو جزه يتبع العين و إن بلغ أوان جنـائه أو زمـان جزّه الثّـالث أنّ مـدرك الحكم فى باب الردّ بالخيار هو قوله ص الخراج بالضّمان

و المصـنف و بعض من تبعه و إن نـاقشوا فى سـنده إلّـا أنّ المسـتفاد من كلاـم شـيخ الطّـائفه و جمـاعه أنّه من النبويّـات المتلقاه بالقبول عنـد الفريقين فهو نظير على اليـد ما أخـذت بل معناه فى الجمله من الارتكازيات و هـذه القاعـده هى مدرك فتوى أبى حنيفه فى قضـيه البغله فى الحكم بـأن منـافع المغصوب للغـاصب لأنّ ضـمانه عليه فالمناقشه فى سـنده لا وجه لها إنّما الكلام فى دلالته و قـد اسـتظهر منه أبو حنيفه أنّ المراد من الضّـمان فيه هو الضّـمان بمعنى اسم المصدر فيشـتمل الضّـمان الثّابت بمقتضـى قاعـده اليد فتوهّم أنّ كلّ من كان ضامنا لشـى ء فخراجه أى ما يسـتفاد منه منفعه كان أو نماء له و قد قال الإمام عليه السّـلام فى ردّه فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركاتها

هذا مع أنّ من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أن كلّ من تعهّد مالا و جعل ضـمانه فى عهدته فخراجه له لأنّ العاقل لا يتعهّد

مالاـ إلاـ لأن يملك نماءه و منافعه و يصرفهما فى حوائجه و هـذا يختصّ بالضّـمان الجعلىّ الأصـلىّ الفعلىّ الّذى أمضاه الشّارع فيخرج منه الضّمان القهرىّ كباب الغصب و الضّمان التبعىّ كضمان البائع للمبيع و المشترى للثمن قبل القبض لأنّ ما تعهّده البائع أصاله هو ضـمان الثّمن الّذى انتقل إليه و معنى ضمانه له أنّ دركه عليه بحيث إنّه لو تلف ثمّ طرأ على المعاوضه فسخ أو انفساخ يجب عليه ردّ مثله أو قيمته

و هكذا فى طرف المشترى فإن ما تضمّنه أصاله هو المثمن و ضمان كلّ منهما لما انتقل عنه إنّما هو لشرط التّسليم الّذى يتضمّنه كلّ عقد فمناسبه الحكم مع موضوعه تقتضى خروج الضّمان التّبعى لأن هذا الضمان

على عكس ما اقتضاه المعاوضه فإنّ البائع أقدم على المعاوضه لأن يملك منافع الثمن و حيث إنّ هذا الإقدام يقتضى تسليم المبيع فلا يمكن أن يكون منافعه للبائع

و يخرج عنه أيضا الضّمان التقديرىّ كالضّمان فى باب أعتق عبدك عنّى و الضّمان فى باب السبق و الرّمايه قبل وصول السّابق و الرّشق فإنّ منافع العبد و السّبق و العوض ليس للآمر و السّابق و الرّامى لعدم كونها فعلا ملكا للضامن مع أنّ المضمون غالبا خارج عن تحت تصرّف الضّامن فلا معنى لأن يكون منافعه له و يخرج عنه المقبوض بالعقد الفاسد لعدم كون الضّمان الجعلى ممضى شرعا فوجوده كالعدم

إذا ظهر معنى الحديث إجمالا فنقول لو لم يرجع أحد المتعاطيين فنماء كلّ عين أو منافعها لمن بيده سواء قلنا بالملك أو الإباحه أمّا على الملك فواضح و أمّا على الإباحه فظاهر استبعاد الشّيخ الكبير قدّس سرّه بأنّه كيف يكون النماء للآخذ دون العين أنّ حدوث النّماء فى ملك المباح له مفروغ عنه بل لا إشكال فى أن السّيره عليه أيضا فإنّه لم يعهد من أحد مطالبه النماء

و على أىّ حال قوله ص الخراج بالضّمان يشمل كلّ ضمان معاوضى سواء كان بالتّضمين الملكىّ أو الإباحىّ لأنّ كلّ مورد جعل ضمان مال بإزاء عوض بضمان أصلىّ فعلىّ مع كونه ممضى من الشّارع فالخراج مسبّب عن هذا الجعل و أمّا لو رجع أحدهما فحكم الرّجوع فى المقام حكم الرّجوع فى باب الخيار فى أنّ النماء المتّصل يتبع العين دون المنفصل و المنافع المستوفاه قبل الرّجوع فإنّهما لمن كان العين بيده و لا وجه لاسترجاعهما منه و لو على القول بالإباحه

و بالجمله يشمل القاعده المعاطاه على كلا المسلكين و إن تقدم عن المصنف القول بعدم انتقال النّماء إلى الآخذ نقلا عن بعض القائلين بالإباحه فراجع

الثّانى يظهر من المحقّق الثّانى على ما حكى عنه الفرق بين المعاطاه فى البيع و القرض

فقال بحصول الملك فى الأوّل كما هو مختاره فيها و الإباحه فى الثّانى ثم رتّب عليهما أن نماء المبيع للمشترى دون نماء العين فى باب القرض فإنّه للمقترض و لا يخفى ما فيه أوّلا من أنّه لا فرق بينهما فإنّ المعاطاه لو كانت مفيده للملكيه فلا فرق بين القرض و البيع و ثانيا لا فرق بين الإباحه و الملك فى مسأله النماء لما عرفت أنّ قاعده الخراج بالضّمان تشمل البابين هذا مع أنّ السّيره قائمه فى باب القرض أيضا فإنّه لم يعهد مطالبه نماء العين من المقترض مطلقا

[مقدّمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]

اشاره

قوله قدّس سرّه مقدّمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع إلى آخره

توضيح ما أفاده قدّس سرّه فى هذا العنوان و ما يرد عليه يتمّ برسم أمور الأوّل قد عرفت فى بحث المعاطاه أنّ عدم إفادتها اللّزوم على مسلكين أحدهما عدم كون الفعل مطلقا مصداقا لعناوين العقود فيكون قاصرا عن إفاده التّمليك فضلا عن اللّزوم و لذا قيل بإفادتها الإباحه و ثانيهما الإجماع على اعتبار اللّفظ فى اللّزوم مع صدق عنوان العقد على الفعل و إفادته الإلزام و الالتزام مثل القول فلو قلنا بالأوّل فما شكّ فى اعتباره فيه فالأصل اعتباره لأصاله الفساد لأنّه لو منعنا عن صدق العقد و عنوان أبواب المعاملات عليه فلا دليل على صحّته إلّا ما قامت السّيره عليه فلو شكّ فى كونه موردا للسّيره فأصاله عدم ترتّب الأثر عليه هى المرجع و لو قلنا بالثّانى فالأصل عدم اعتباره لصدق عنوان العقد

و على هذا فلا وجه لما أفاده المصنف من أنّ الأصل يقتضى كفايه إشاره الأخرس فى مورد العجز عن التّوكيل لا فى مورد القدره عليه لأنّه قدّس سرّه اعتبر اللّفظ فى اللّزوم من جهه الإجماع لا من جهه عدم صدق البيع على الفعل فإذا سلّم صدق العنوان فالأصل يقتضى عدم الاشتراط بالعجز

و بعباره أخرى أصاله الفساد

إنّما تجری فی مقابل الشکّ فی أصل الصّحه و الفساد لا بعد إحراز الصّحه و الشکّ فی اللّزوم و عدمه و کیف کان فسواء قلنا بأن الفعل لیس مصداقا لعنوان العقود أو قلنا بأنّه مصداق و لکنّما الإجماع قام علی اعتبار اللّفظ فی اللّزوم فالإشاره من الأخرس تقوم مقام اللّفظ و إن لم یقم معاطاته أی أخذه و إعطائه مقام اللّفظ کما سیظهر وجهه و ذلک لأنّ إشاره الأخرس و إن کانت فعلا من أفعاله إلّا أنّ قصور الفعل عن کونه إیجادا لعنوان العقد إنّما هو فی غیر إشارته فإنّ إشارته لا تقصر عن قول غیره لا سیّما من یفهم مقاصده الکلیّه و الأمور الغیر المحسوسه بالإشاره هذا بناء علی الأوّل و أمّا بناء علی أنّ اللّزوم یتوقّف علی اللّفظ إجماعا فالإجماع إنّما قام فی مورد القدره علی التکلّم و أمّا مع العجز عنه فلم یقم إجماع

ثم هل یقوم إشارته مقام اللّفظ مطلقا أو مع العجز عن التوکیل وجهان و الأقوی هو الأوّل أمّا بناء علی صدق عنوان العقد علی إشارته فواضح لأنّ الأصل عدم اشتراطه و أمّا بناء علی عدم الصّدق فلإطلاق الأخبار فی باب الطّلاق المستفاد منها بالفحوی حکم عقده و إیقاعه فی سائر الأبواب و حملها علی صوره العجز عن التّوکیل حمل علی الفرد النّادر

هذا مع أنّه لو کانت إشارته کافیه فی التّوکیل لکانت کافیه فی أصل طلاقه و لا یقال إنّ العقود الإذنیّه یکفی فیها کلّما یدلّ علی الإذن و الرّضا بخلاف غیرها لأنّا نقول و إن کان الإذن المطلق یکفی فیه کلّما یدلّ علیه إلّا أنّ الإذن فی التصرف بعنوان الوکاله لا بدّ فی تحقّقه من إشاره خاصّه فإذا کانت إشارته مفیده لعقد الوکاله فهی مفیده لغیره من العقود و الإیقاعات أیضا الثّانی أنّ محلّ البحث فی إشاره الأخرس إنّما هو فیما إذا کانت المعامله منشأه بإشارته بحیث کان القبض و الإقباض وفاء بها لا ما إذا کان الإنشاء بهما فإن معاطاته لا خصوصیّه فیها فما أفاده المصنف قدّس سرّه فی قوله ثم لو قلنا بأنّ الأصل فی المعاطاه اللّزوم فالقدر المخرج صوره قدره المتبایعین علی مباشره اللّفظ لا یستقیم لأنّ جهه البحث لیست فی معاطاه الأخرس حتی یبحث أنّها لازمه أو جائزه لعدم انعقاد الإجماع هاهنا

نعم لو أراد من لفظ المعاطاه مطلق الفعل لا خصوص القبض و الإقباض لاستقام ما أفاده الثّالث فیما یتحقّق به الإشاره و أنّه هل تعتبر کیفیه خاصّه من تحریک اللّسان أو الإصبع أو غیرها أو لا تعتبر الأقوی هو الثّانی لأنّه لا دلیل علی اعتبارها بعد کون مطلق أفعاله مفهما لمراده و بعد صدق عنوان العقد أو الإیقاع علی مطلق إشاراته و اختلاف الأخبار فی باب الطلاق من إلقاء القناع أو الإشاره بالإصبع ناظر إلی هذا المعنی لأنّ کلّا منهما من أنحاء إفهام المراد و من مصادیق العناوین و لیس لنوع الأخرس کیفیّه واحده نوعیّه حتّی لا یتجاوز عنها

الرّابع هل الإشاره مقدّمه علی الکتابه أو العکس متعیّن أو کلّ منهما فی عرض الأخری فی بعض أخبار الطّلاق ما یدلّ علی ما تقدم الکتابه و به أفتی الحلّی قدّس سرّه هناک و لا یخفی أنّه لو قلنا به هناک للتعبّد لا یمکن التّعدی منه إلی کلّ باب لأنّ الکتابه لیست مصداقا فی العرف و العاده لعنوان عقد أو إیقاع فلیست آله لإیجاد عنوان بها و لذا انعقد الإجماع علی عدم تأثیرها فی غیر الوصیّه و إن کان الحقّ أنّه لا ینشأ بها الوصیّه أیضا نعم هی معتبره عند العرف من حیث الکاشفیّه و تصیر مدرکا و سندا لإثبات البیع و الدّین و الوصیّه و نحو ذلک

و بالجمله إذا لم یکن الفعل مصداقا

لعنوان عقدىّ أو إيقاعى فقصد إيجاد هذا العنوان لا يؤثّر أثرا لأنّه إذا لم يكن مصداقا فليس هناك إلّا القصد المجرّد و هذا لا أثر له فى العناوين الإيجاديّه و الموجدات الاعتباريّه الّتى هى منشأ الآثار الشّرعيّه و العرفيّه

الخامس هل الحكم مختصّ بالأخرس الّذى نشأ خرسه من صممه أو يشمل كلّ من لا يتكلّم و لو لعذر من نذر أو إكراه أو أخصّ من ذلك و أعمّ من الأوّل فيشمل كل من كان عاجزا خارجا سواء كان لصممه أو لاعتقال فى لسانه أو لمرض مرجوّ الزّوال وجوه الأقوى هو الأوّل فإنّه الّذى يصدق عليه الأخرس يقينا ثمّ الأخير و أمّا الخرس لعذر فلا يشمله الأدلّه قطعا بل ليس هو خرسا

و بالجمله و إن قلنا بعموم الأخرس لكلّ من كان عاجزا عن النّطق و إن لم يكن منشأ خرسه الصّمم كما لا يبعد دعواه و لا وجه للأخذ بالقدر المتيقّن لعدم إجمال فى اللّفظ إلّا أنّ شموله لمن نذر ترك التكلّم و نحوه ممنوع جدّا و على هذا فلو صدق عنوان العقد و الإيقاع على إشاره كلّ عاجز فهو و إلّا فمن فحوى باب الطّلاق نتعدى إلى غيره و نحكم بلزومه بإشارته كما نحكم بجواز معاطاته الّتى هى فى حكم معاطاه غيره

و على أى حال كتابته ليست داخله فى إشارته و لا هى معاطاه منه

قوله قدّس سرّه ثمّ الكلام فى الخصوصيّات المعتبره فى اللّفظ تاره يقع فى مواد الألفاظ

توضيح البحث فى هذا العنوان يتمّ بتمهيد مقدمات الأولى أنّه لو شكّ فى صدق عنوان من عناوين العقود و الإيقاعات على لفظ صادر من الموجب و القابل أو الموقع فأصاله الفساد تقتضى عدم صحّته و أمّا مع صدق العنوان عليه عرفا فمقتضى الإطلاقات و العمومات عدم اعتبار ما شك فى شرطيته فى ماده العقود و الإيقاعات أو هيئتهما فإنّ قوله عزّ من قائل أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ مثلا و إن كان ناظرا إلى المسبّبات بالمعنى الّذى بيّناه و هو الموجد بالأدله إلّا أنّ إمضاء اسم المصدر إمضاء للمصدر فيقتضى حلّيه جميع ما كان آله عرفا لإيجاد البيع سواء كان بمادّه البيع أو بغيرها من الموادّ و سواء كانت الهيئه الّتى توجد بها الماده ماضويّه أو غيرها و سواء أنشأ هذا العنوان بألفاظ صريحه أو بغيرها و باللّغه العربيّه أو غيرها كان الإيجاب و القبول متواليين أو لا

نعم لو منع من صدق البيع عرفا على ما إذا أنشأ بغير لفظ الماضى أو بما إذا لم يكن بين الإيجاب و القبول موالاه أو بما أنشأ بالكنايه و نحوها أو ادّعى الانصراف عنها فلا يفيد الإطلاق

ثم إنّه كما يصحّ التمسّك بالإطلاق فيما إذا كان الشكّ فى ناحيه الأسباب كذلك يصحّ التمسّك به فيما إذا كان الشكّ فى ناحيه المسبّبات فلو لم يكن مسبّب متعارفا فى زمان الشّارع و صار متعارفا بعده كالأمر بإلقاء المتاع فى البحر و تعهّد الآمر الضّمان و نحو ذلك من استيفاء مال أو عمل بأمر معاملىّ لجاز التمسّك لصحّته بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا وجه لدعوى اختصاصه بالعقود المتعارفه و المعاملات المتداوله إلّا إراده العهد من اللّام و هو خلاف ظاهر اللّام فى كلّ مقام لا سيّما فى مثل هذه الأحكام

نعم هنا إشكال فى صحّه التمسّك بعموم أَوْفُوا فيما إذا كان الشكّ راجعا إلى الشكّ فى الصّحه و الفساد و تقريبه أنّ العموم فى هذه الآيه الشّريفه وارد مورد حكم آخر لأنّه فى مقام بيان لزوم ما هو صحيح و ليس فى مقام بيان أصل الصّحه فلا بدّ أن تكون الصّحه مفروغا عنها حتّى يجب الالتزام بما أنشأه المتعاقدان و لكن التّمسک بعموم تجاره عن تراض لا إشكال فيه

و بالجمله إذا لم يكن سبب متعارفا

فی زمان الشّارع کبعض اللّغات المستحدثه و صار إیجاد المسبّبات متعارفا بها و صدق علیها عنوان المعامله أو إذا لم یکن مسبّب متعارفا فی زمانه و صار متعارفا فی عصر فیتمسّک بإطلاق أدلّه العناوین لصحّتهما و لا وجه لدعوی الاختصاص و لا الانصراف

الثّانیه لا شبهه فی الفرق بین الحکایات و الإیجادیّات فإنّ الحکایات لا یتعلّق غرض بها إلّا إظهار ما فی الضّمیر و إلقاء المقصود إلی المخاطب فکلّ لفظ لم یکن خارجا عن أسلوب المحاوره یصحّ إظهار ما فی الضّمیر به سواء کان الاستعمال حقیقه أم مجازا صریحا أم کنایه کانت قرینه المجاز حالیّه أو مقالیّه کان المجاز بعیدا أو قریبا و هذا بخلاف الإیجادیّات فإنها لا توجد إلّا بما هو آله لإیجادها و مصداقا لعنوانها فلو لم یکن شی ء مصداقا لعنوان و آله لإیجاده بل کان للازمه أو ملازمه لم یوجد الملزوم أو الملازم الآخر به و إن کان الغرض من إیجاد اللّازم أو الملازم إیجاد الملزوم و الملازم الآخر بحیث کان هو المقصود الأصلی إذ لا عبره بالدّواعی و الأغراض فی الإیجادیات فلو قصد البیع و أتی بغیر ما هو مصداقه فلا أثر له و لذا لا یرتّبون الآثار علی الشّروط البنائیّه الّتی لم تذکر فی متن العقد

ثم إنّ الإیجاد المعتبر فی العقود غیر الإیجاد الحاصل فی سائر الإنشائیّات فی معانی الحروف فإنّ الهیئه فی سائر الإنشائیّات وضعت لإلقاء الحدث علی الفاعل و إیجاد النّسبه بین الفاعل و الفعل و بإیجاد النّسبه إذا کان المتکلّم فی مقام البعث و التشریع یتحقّق مصداق للأمر و إذا کان فی مقام السّؤال یتحقّق مصداق للاستفهام و إذا کان فی مقام إظهار المحبّه فی وقوع النّسبه یتحقّق التمنّی و الترجّی و نحو ذلک

و أمّا الهیئه فی باب العقود فمضافا إلی أنّ بها تتحقّق النّسبه توجد المادّه بها أیضا إذا کان المتکلّم فی مقام الإنشاء فإنّه بقوله بعت یوجد البیع و أمّا الإیجادیات فی باب الحروف فقوامها بأمور أربعه الأوّل کون معنی الحروف إیجادیّات لا إخطاریّا الثّانی کونه قائما بغیره الثّالث عدم التقرّر له فی غیر وعاء الاستعمال الرّابع کون المعنی حین إیجاده مغفولا عنه و أمّا الإیجادی فی باب العقود کالملکیه مثلا فهو أمر متقرّر فی حدّ نفسه و له وعاء غیر وعاء الاستعمال فإنّه موجود فی عالم الاعتبار و لیس بمغفول عنه و تمام الکلام موکول إلی بحث الحروف

الثّالثه لا شبهه فی أنّ البیع بل کلّ عنوان من عناوین العقود و الإیقاعات عنوان بسیط لیس مرکّبا من الجنس و الفصل فإذا کان بسیطا فلا یمکن إیجاد هذا المعنی تدریجا بل إمّا أن یتحقّق آنا أو لا یتحقّق أصلا بل المرکّب من الجنس و الفصل أیضا لا یمکن أن یوجد تدریجا فإن تحصّل الجنس إنّما هو بالفصل و تحقّق الهیولی إنّما هو بالصّوره فلا یعقل أن یوجد الماده أولا ثم الصّوره فإذا کان هذا حال المرکّب الخارجی فکیف بما هو بسیط و ما به امتیازه عین ما به اشتراکه فإنّ السّود الشّدید بعین ما هو لون یکون سوادا و بعین ما هو سواد یکون شدیدا و هکذا التّملیک البیعیّ و القرضیّ و نحوهما من الهبه و الإجازه یکون التّملیک فی کلّ منهما بعین کونه بیعا أو قرضا أو نحوهما أی لا یکون التّملیک فی البیع جنسا و بیعیّته فصلا بل هو بیع بعین کونه تملیکا بل لا شبهه أنّ التّملیک لیس شیئا و البیع شیئا آخر و إن قلنا بأنّ کلّ واحد من هذه الأمور الأربعه مباین فی النّسخ مع الآخر مضافا إلی أنّ التّملیک فی جمیع

هذه الأمور أمر واحد و إنّما الاختلاف بينهما كالاختلاف بين أفراد البيع

و على أىّ حال المعنى المنشأ بلفظ بعت أمر بسيط ليس مركّبا من الجنس و الفصل و لا يمكن أن يوجد تدريجا كتدريجيّه الباء و العين و التّياء إذا عرفت ذلك فيقع البحث تاره فى صحّه إنشاء العناوين بالكنايات و أخرى بالمجازات و ثالثه بالمشترك اللّفظىّ و رابعه بالمشترك المعنوىّ أمّا صحّته بالكنايه فلو قيل إنّها قسم من المجاز كما عرفها بعضهم من أنّها ذكر اللّازم و إراده الملزوم فحكمها حكمه و لو قيل إنّها قسيم للمجاز كما هو الحقّ فإنّ قوله زيد طويل النّجاد استعمل فى نفس معناه الحقيقىّ و ألقى معنى اللّفظ إلى المخاطب لينتقل منه إلى ملزومه و هو طول القامه و هكذا فى أمثال ذلك من قوله زيد كثير الرّماد أو مهزول الفصيل فإنّ الانتقال إلى الجود من دواعى استعمال هذه الألفاظ فى معانيها الموضوعه لها لا أنّها استعملت فى الجود فالأقوى عدم صحّه إنشاء العنوان بها فإن إنشاء اللّازم و إيجاده فى الإنشاء القولى ليس إيجادا للملزوم عرفا و كون الملزوم مقصودا و داعيا من إيجاد اللّازم لا أثر له بعد ما عرفت فى المقدّمه الثّانيه أنّ الأغراض و الدّواعى لا أثر لها فى باب العقود و الإيقاعات فلو قال كنايه عن البيع ترى خيره أو فى مقام النّكاح ألّف اللّه بين قلبكما و أمثال ذلك فلا أثر له

و بالجمله ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آله لإيجاده عرفا فلا أثر له و لا يرى العرف آله إيجاد اللّازم آله لإيجاد الملزوم ثمّ لو قيل بأنّ الملزوم و إن لم ينشأ أصاله إلّا أنه منشأ تبعا و فى المرتبه الثّانيه من الإيجاد و لا وجه للاقتصار على المنشإ الأوّل بعد إطلاق أدلّه العناوين فيقال الإيجاد بهذا النّحو فى كمال الضّعف من الوجود فينصرف الإطلاق عنه و لا يشمله العمومات أيضا لخروجه عن الأسباب المتعارفه و مع الشكّ فى دخوله تحت العموم و الإطلاق فالأصل عدم ترتّب الأثر عليه

و أمّا صحّته بالمجاز فإن كان مجازا مشهورا فالأقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك و ذلك لأنّ الشّهره توجب أن لا يحمل اللّفظ على معناه الحقيقىّ أو المجازىّ إلّا بانضمام قرينه معيّنه لأحدهما فعدم حمله على معناه الحقيقىّ بمجرّد التلفّظ يجدى فى وقوعه به و لا يلزم إيجاد عنوان البسيط تدريجا و هذا بخلاف المجاز الغير المشهور فإنّه يحتاج إلى قرينه صارفه أيضا فحاله أردأ من الكنايه لأنّ ما يوجد به بحسب الدلاله التّصوريّه هو معناه الحقيقىّ و بحسب الدلاله التّصديقيّه معناه المجازىّ فيتناقضان و ليس باب الإيجاد كباب الحكايه كما عرفت

و لذا قال المشهور بأن بعتك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره لا يفيدان فائده الهبه الصّحيحه و العاريه كذلك و ليس ذلك مع أنّ القرينه الصّارفه مقرونه باللّفظ إلا لأن ما أوجد أولا بلا مجى ء القرينه كان معاندا لما أوجد ثانيا و لا يمكن إرجاع ما أوجد عمّا هو عليه فى الإيجاديات و إن أمكن فى الحكايات

نعم لو قيل بأنّ فى باب المجاز لا ينشأ بالقرينه شى ء حتى يكون بين القرينه و ذى القرينه تناقض بل عنوان العقد ينشأ بنفس ذى القرينه و القرينه كاشفه عن المعنى المقصود من ذى القرينه و لذا التزمنا بصحّه إنشاء العناوين بالمجاز المشهور لصحّ إنشاؤها بالمجاز الغير المشهور أيضا سواء كانت قرينه حاليّه أو مقاليّه إلّا أن يمنع كون المجاز الغير المشهور آله لإيجاد العنوان الّذى قصد إيجاده به عرفا فإنّ مجرّد قصد العنوان من اللّفظ مع عدم كون اللّفظ آله لإيجاده لا أثر له فإنّه فى حكم القصد المجرّد

و لـذا قلنـا فى أوّل المعاطاه بالفرق بين الفعل و اللّفظ و أنّ الفعل لو قصـد به التّمليک يقع به و إن كان مصـداقا للتّسـليط و هـذا بخلاف

قوله سلّطتک و ذلک لأنّ التّسلیط الخارجی لو قصد منه البیع یصیر مصداقا لهذا العنوان لقیام السیره علیه دون التّسلیط اللّفظی

و أمّا صحّته بالمشترک اللّفظی فلو کان هناک لفظ مشترک لفظا بین عنوان عقدین أو عقود کاشتراک لفظ الشراء بین البیع و الاشتراء فلا مانع عن إنشائه به لأنّه لا یوجب تعیّن معناه بالقرینه المعیّنه أن یوجد العنوان بالقرینه حتی یلزم تدریجیّه المعنی البسیط بل العنوان ینشأ بنفس اللّفظ و القرینه کاشفه عن وقوع اللّفظ فی مقام إنشاء هذا العنوان إلّا أن یقال إنّ القرینه متمّم المراد و المعنی یستفاد من مجموع القرینه و ذیها کاستفاده موضوع الحکم فی العام المخصّص من مجموع العالم العادل (۱)

و أمّا صحّته بالمشترک المعنوی فلو کان مشترکا بین العقود التّملیکیه کملکت صحّ إنشاؤها به و یتعیّن کلّ واحد من العناوین المقصوده بالقرینه المکتنفه به و لا یلزم إشکال إیجاد الأمر البسیط تدریجا لأنّه لو فرض أنّ البیع و القرض و الهبه و الإجاره مفیده للتّملیک و التّملیک الحاصل بکلّ منها حاصل بعین ذلک العنوان لا بغیره فلا یلزم التدریجیّه فإنّ البیع بما هو بیع تملیک و هکذا الهبه بما أنّها هبه تملیک و الخصوصیّات الخارجیّه ککون البیع بعوض معیّن و الهبه بلا عوض کالخصوصیّات اللّاحقه لأفراد البیع فکما أنّ هذه الخصوصیّات لا توجب اختلافا فی حقیقه البیع و لا تضرّ ببساطته فإنّ معنی بساطه أصل الحقیقه لا مع الشّروط المذکوره فیه و لا مع بیان عوضه و معوّضه و نقده و نسیته فکذلک تلک الخصوصیّات

و لو کان مشترکا بین العقود التملیکیه و غیرها من النّقل الخارجی کلفظ نقلت فلا یصحّ إنشاء التّملیک العقدیّ به لأنّ ما به امتیاز النّقل الخارجیّ عن النّقل الاعتباری لیس بعین ما به اشتراکهما فلا یمکن إنشاء تمام معنی البسیط به بل ینشأ الجنس العالی أوّلا ثم یمیز بالفصل فیلزم التدریجیّه فی الوجود

قوله قدّس سرّه إذا عرفت هذا فلنذکر ألفاظ الإیجاب و القبول إلی آخره

بعد ما نقل قدّس سرّه الأقوال الّتی هی بین إفراط و تفریط و بیّن الإشکال فی إنشاء العناوین بالمشترک اللّفظیّ و المعنویّ و المجاز إذا کانت قرائنها غیر اللّفظ شرع فی بیان الصّیغ و تعیین أنّ الشّراء و الاشتراء و البیع و نحو ذلک هل هو من المشترک اللّفظی بین الإیجاب و القبول أو من الحقیقه و المجاز أو من المشترک المعنویّ

و الظّاهر أنّ لفظ شریت مشترک لفظیّ و إن لم یستعمل فی القرآن الکریم إلّا فی معنی البیع و اشتریت بعکس ذلک کما هو معنی باب الافتعال و مجیئه بمعنی شریت کاکتسبت بمعنی کسبت علی خلاف ما وضع له أو ما هو الظّاهر

و علی أیّ حال قیاسه قدّس سرّه الهبه المعوّضه بالصّلح و ابتناء صحّه إنشائهما بلفظ ملکت علی صحّه عقد بلفظ غیره مع النّیه قیاس مع الفارق لأنّ الهبه مطلقا من أفراد التّملیک لما عرفت أنّ التملیک معنی یشترک فیه جمیع أنواع العقود التملیکیه سواء کانت مع العوض أم

۱- و فیه أنّ استفاده کون موضوع الحکم مرکّبا فی العام المخصّص إنّما هو بتعدّد الدالّ و المدلول و أمّا المشترک اللّفظیّ فحیث إنّه وضع لجمیع المعانی مستقلا فلو قیل عین جاریه فقد استعمل لفظ العین فی هذا المعنی الخاص و لفظ جاریه لا یمکن

أن يكون متمّما للمراد و هكذا فى قرينه المجاز فإنّ يرمى فى رأيت أسدا يرمى يكون علامه لاستعمال أسد فى الرّجل الشّجاع و لا ـ يمكن أن يكون متمّما للمراد من الأسد نعم ما أفاده مدّ ظلّه إنّما يصحّ بناء على ما قيل من أنّ المشترک اللّفظى يرجع إلى المشترک المعنوىّ لوجود الجامع بين المعانى حتّى فى المشترک اللّفظىّ بين الضدّين منه عفى عنه

بلا عوض كانت مجانيّه مختصه أو مشروطا فيها العوض و أمّا عنوان الصّلح فهو عنوان آخر فى مقابل التّمليك إذ به ينشأ المسالمه و المصالحه و التّمليك فى باب الصّلح هو المصالح به

ثم إنّه لو كان لفظ مشتركا بين الإيجاب و القبول و لم يعلم تقديم أحدهما حتى يتميّز البائع من المشترى أو علم بالتّقارن و قلنا بصحّته و لم يكن هناك جهه مميّزه أخرى فالحكم التّحالف و عدم ترتيب آثار البائعيّه و المشتريّه على واحد منهما لتعارض الأصلين إذا كان الحكم مترتّبا على وصف البيعيّه و الثمنيّه أو على البائع و المشترى و أمّا إذا كان الأثر مترتّبا على أحدهما دون الآخر بأن علم عدم ثبوته له و شكّ فى ثبوته للآخر كما لو كان أحد العوضين ثوبا و الآخر حيوانا و ادعى من بيده الحيوان أنّه اشتراه و الثوب ثمن له و قال الآخر أنّ الحيوان ثمن فلو قلنا باختصاص خيار الحيوان بالمشترى فأصاله عدم ثبوت خيار الحيوان له جاريه بلا معارض

[مسأله المحكى عن جماعه اعتبار العربيه]

قوله قدّس سرّه المحكى عن جماعه إلى آخره

لا يخفى أنّ اعتبار العربيه فى العقود مما يقطع بعدمه و إلا كان على كلّ مكلّف تعلّم صيغ العقود كوجوب تعلّم الصّلاه لأنّ ابتلاء النّاس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات و لا يمكن توكيل العارف بلغه العرب غالبا فيلزم سدّ باب المعاش فكلّ ما صدق عليه عنوان العقد و العهد يصحّ إنشاؤه به سواء كان عربيا أم لم يكن فضلا عن العربىّ الملحون فى الإعراب الغير المغيّر للمعنى و فضلا عن العربىّ المتعارف فى زماننا

نعم إذا كان التّحريف فى الحروف كجوّزت بدل زوّجت مفيدا المعنيين كان فى حكم المشترك اللّفظى و على أىّ حال منع صدق العقد على غير العربى ممّا لا يصغى إليه ثم إنّ العربيّه بناء على اعتبارها إنّما يعتبر فى نفس عنوان المعامله و ما هو ركن فيها كالعوضين فى البيع و الزّوجين فى النّكاح و أمّا فى غيرهما فلا وجه لاعتبارها بل دلّت روايه العلاء على عدم اعتبارها فى نفس العوضين و صحّه العقد بغيرها قال قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام الرّجل يريد أن يبيع بيعا يقول أبيعك بده دوازده فقال لا بأس إنّما هذه المراوضه فإذا جمع جعل البيع جمله واحده إلّا أن يقال إنّ هذه الرّوايه وردت فى المقاوله قبل البيع

و على أىّ حال فالتّركيب بين اللّغات أيضا لا يضرّ بالعقد بعد صدق العنوان عليه كما هو المتعارف الآن بين التّرك و الكرد المختلطين مع العرب لأنّ المدار على إنشاء عنوان العقود بما هو آله له عرفا

[مسأله المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّه]

قوله قدّس سرّه المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّه إلى آخره

أقول وجه اعتبار الماضويّه صراحه الفعل الماضى فى إنشاء العناوين به لأنّه وضع للتحقّق و الثبوت و لذا يستلزم المضىّ و وقوعه

سابقـا إذا كـان المتكلّم فى مقـام الأخبـار عن تحقّق المبـدإ عن الفاعـل فـإذا كان فى مقام إيجاد المبـدإ بالهيئه كقوله بعت كان صريحـا فى تحقّق الأمر الاعتبـارى بمـا هو آله له و هـذا بخلاف الفعـل المضارع فإنّه وضع لتلبس الفاعل بالمبـدإ و هـذا ملازم للتحقّق لا أنّه صريح فيه فإنّ ظهوره البدوى و إن كان تلبّسه بالمبدإ حالا و لذا يتوقّف استفاده الاستقبال عنه بسين و سوف إلّا أنّ التلبّس الحالىّ أيضا ليس صـريحا فى التحقّق بل لازمه كذلك لأنه فى معنى اشـتغاله بإصدار المبدإ فاسـتعماله و قصد الإنشاء به دائر مدار القول بصحّه الإنشاء بالكنايات

و بـالجمله الفعل المضارع مع اسم الفاعل متّحـدان فى المعنى و إن كان بينهما ترتّب فى النّسـبه فإنّ المضارع وضع لنسـبه الفعل إلى الفاعل و بعد تحقّق هذه النّسبه يتّصف الفاعل بأنّه ممّن صدر عنه الفعل و لذا يقال ضرب يضرب فهو ضارب و كما لا يصحّ إنشاء عناوين العقود و الإيقاعات

باسم الفاعل فكذا لا يصحّ بالفعل المضارع فقوله أبيعك أو أطلّقك أو أحرّرك بمنزله قوله أنا البائع أنا المطلّق أنا المعتق فى عدم كونهما آله لإنشاء العناوين بهما

نعم فى خصوص لفظ طالق دلّ الدليل على وقوع الإيقاع به و ممّا ذكرنا ظهر حال الأمر أيضا فإنّه وضع لإلقاء نسبه الماده إلى الفاعل فإذا لم يكن من العالى فليس إلّا استدعاء و التماسا فقوله زوجنى نفسك لا يفيد الإنشاء و إيجاد علقه الزّوجيّه بل يفيد الاستدعاء و طلب الإنشاء منه فحكمه حكم المضارع فكما أنّه أشبه بالوعد فكذلك هو أشبه بالمقاوله و استدعاء الإيقاع

و الأخبار الوارده فى بيع الآبق الظّاهره فى كفايه قوله أشترى فى إنشاء العنوان بالفعل المضارع و الوارده فى باب النّكاح و بيع المصحف كذلك محموله على أنّ لفظ المضارع وقع مقاوله لا أنّ به أنشأ المعامله كما أنّ الأخبار الوارده فى النّكاح الظّاهره فى كفايه الأمر فى الإنشاء محموله على ذلك و يقيّد بما إذا وقع القبول بعد قوله زوّجتكها لا أنه أنشأ النّكاح بقوله يا رسول اللّه زوّجنيها إن لم يكن لك بها حاجه

و بالجمله المراجعه إلى روايه أبان بن تغلب و السّهل السّاعدى و غيرهما ممّا ورد فى باب شراء العبد الآبق و بيع المصحف و ما ورد عن أبى جعفر الباقر عليه السّلام فى باب التزويج توجب القطع بأنّ الفعل المضارع و الأمر فى هذه الأبواب وقعا مقاوله و وعدا و استدعاء فاعتبار الماضويّه لا إشكال فيه

[مسأله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول]

قوله قدّس سرّه الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول

توضيح هذا العنوان يتوقّف على تمهيد مقدمه و هى أنّه لا إشكال فى أنّ تسميه العقد عقدا إنّما هو بلحاظ ارتباط ما ينشئه أحد المتعاقدين بما ينشئه الآخر و إلّا كان كلّ عقد مركّبا من إيقاعين ثم الارتباط الحاصل بينهما قد يتحقّق بأن ينشئ أحدهما قبول ما أوجده الآخر بلفظ قبلت و ما يشبهه من رضيت و أمضيت و قد يتحقّق بغيرها كاشتريت و ارتهنت و نحو ذلك و السرّ فى ذلك هو أنّ العقود على أقسام قسم يتضمّن الإعطاء و الأخذ من الطّرفين و هو العقود المعاوضيّه و ما يشبهها كالنّكاح و جامعها ما يحتاج إلى أخذ و عطاء من كلّ منهما فيتوقّف على الإلزام و الالتزام من الطرفين و قسم يتضمّن الإعطاء من طرف و الأخذ من آخر كالهبه و الرّهن و الصّلح المحاباتى و قسم لا يتضمّن إعطاء و أخذا بل إنّما يفيد إباحه أو سلطنه على التصرّف أو الحفظ كالعقود الإذنيّه من الوكاله و العاريه و الوديعه

ثم إنّ تمييز الموجب عن القابل فى القسم الأوّل تاره يكون بالقصد و الاعتبار و أخرى يكون بذاته و ذلك فيما إذا أتى القابل ما ينشئه بلفظ قبلت فإنّ اختلاف الموجب و القابل فى البيع و النّكاح إنّما هو بالاعتبار فإنّ العرف و العاده بناءهم على أنّ الزّوجه معطيه نفسها للزّوج و هى الموجبه و الزّوج يقبل الزوجيّه و يعطى المهر بدلا عن إعطائها و بناؤهم على أنّ مالك العروض هو الموجب و مالك الثمن هو القابل

و إذا كان كلّ من العوضين عروضا أو ثمنا فمن قصد تمليك ماله من غيره بعوض فهو البائع و من قصد تملّك مال غيره بعوض فهو المشترى و القابل فإنّ الموجب و القابل فى عقود المعاوضه كلّ منهما ينشئ أمرين أحدهما بالمطابقه و ثانيهما بالالتزام فالموجب ينقل ماله إلى ملك المشترى مطابقه و يتملّك مال المشترى عوضا عن ماله التزاما و القابل بعكس ذاك

و على هذا فلو لم يكن هناك لفظ يدل على نحو القصد كما إذا أنشأ كلّ منهما بلفظ شريت فنقول المقدّم هو الموجب و المتأخر هو المشترى و لو اشتبه أو تقارن

و قلنا بصحّته فلا يترتب الأثر الخاصّ على كلّ منهما كما أوضحناه فى المعاطاه و أمّا فى الصّلح المعاوضى فالتّفاوت بينهما لا يمكن إلّا بأن ينشئ أحدهما عنوان الصّلح و الآخر قبول ذلك العنوان لأنّ كلّا منهما ينشئ المسالمه و المصالحه على أمر فإذا لم ينشئ أحدهما بلفظ القبول فلا يرتبط إنشاء أحدهما بإنشاء الآخر و يصير كلّ من الإنشاءين إيقاعا مستقلّا و أمّا فى القسم الثّانى و الثّالث فتمييز الموجب عن القابل فى غايه الوضوح فإنّ الواهب و الرّاهن و المصالح هو الموجب فإنّه هو الّذى يعطى ماله و المتهب و المرتهن و المصالح له هو القابل لأنّه هو الّذى يأخذ مال غيره و هكذا فى الوكاله و العاريه و الوديعه كلّ من الموكّل و المعير و المودع هو الموجب و كلّ من الوكيل و المستعير و المستودع هو القابل

إذا عرفت ذلك فنقول أما العقود الإذنيّه فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب كان بلفظ قبلت أو غيره لأنّ المدار فيها ليس إلا الرضا فى التصرف و الحفظ فإذا استدعى الوكيل الاستبانه فى التصرف و أظهر الموكّل الرّضا بها كفى لتحقّق هذا العنوان و السرّ فى ذلك أنّه ليس فى العقود الإذنيّه إلزام و التزام و إنشاء و مطاوعه بل نيابه و تسميتها عقدا مسامحه و منشؤها ليس إلّا كونها بين الطّرفين فيتحقّق بكلّ ما يظهر هذا العنوان أى النّيابه فى التصرّف و الحفظ

نعم بعض الآثار الخاصّه مترتّب على الوكاله العقديّه كعدم انعزال الوكيل قبل وصول خبر العزل إليه و أمّا فى غير العقود الإذنيّه فسواء كان قبوله منحصرا بلفظ قبلت أم لم يكن منحصرا به و لكنّه أنشأه بهذا اللّفظ و نحوه فلا يجوز تقديمه على الإيجاب لأنّه ظاهر فى مطاوعه شى ء و إنفاذ أمر أوجده غيره و هذا المعنى بحيث يكون جزءا من العقد و لا يكون إيقاعا يتفرّع على وقوع إيجاد من الآخر كتفرّع الانكسار على الكسر فإنّ إنشاء المشترى نقل ماله عوضا عن نقل البائع لا يتحقّق إلّا بعد وقوع النّقل من البائع و لا يقاس على الإيجاب فإنّ فى مفهوم الإيجاب لم يؤخذ إنفاد أمر و إن توقّف تأثيره خارجا على القبول فإن مفهوم الإيجاب هو تمليك مال بعوض و هذا يمكن إنشاؤه فى عالم الاعتبار و لو لم يتحقّق قبول أصلا و ما يتوقّف على القبول هو تأثيره

و أمّا مفهوم القبول فلا يمكن إنشاء النّقل به اعتبارا أيضا فإنّ مطاوعه الأمر المتأخّر فعلا يمتنع عقلا و ليس مفهومه مجرّد الرّضا بشى ء حتّى يقال إنّ الرضاء بأمر ليس تابعا لتحقّق ذلك الأمر فى الخارج و لا تابعا الرضا من يوجد ذلك الأمر بل المراد منه ما هو ركن فى العقد و مطاوعه لما أوجده البائع فلا يمكن أن يكون مقدّما

و بالجمله تبديل المال بالعوض الّذى هو فعل الموجب لا يتوقّف على القبول فى ناحيه الإنشاء و أمّا قبول هذا التّبديل و إنفاذه فهو لا يمكن إلّا بعد وقوع التبديل سابقا لا من جهه التعليق فى الإنشاء فإنّه لا يلزم من إنشاء القبول قبل الإيجاب فإنّ الإنشاء خفيف المئونه فينشأ القبول فعلا و إن توقّف منشأه على أمر متأخّر كما فى الوصيّه و التّدبير و لا من جهه التّعليق فى المنشئ فإنّه لا دليل على بطلانه إلّا الإجماع و الإجماع قام على اعتبار التّنجيز فى مقام التلفّظ لا على اعتباره فى واقع المعنى و إلّا لفسد جميع المعاوضات و الإيقاعات لأنّ البيع يتوقّف على الملكيّه و الطّلاق على الزّوجيّه و هكذا بل لأنّ المعنى معنى لا يمكن أن يتحقّق فى عالم الاعتبار إلّا إذا كان متأخّرا فإنّ المطاوعه لا تتحقّق إلّا بعد وقوع الإيجاب من الموجب فإذا أريد من النّقل الحاصل

من قبلت مـا يكون مرتبطا بفعل غيره و إنشاء لتملّك ما أعطاه و إنفاذا لما أوجـده فقوامه بأن يكون الإيجاب صادرا من غيره قبل ذلك

و مـا قيـل من أنّ الإنشـاء خفيف المئونه فلا يفيـد فى المقـام لأنّه إذا اعتبر المطاوعه فى مفهوم القبول فإنشاؤه بحيث يخرج عن الإيقاع متوقّف على وقوع الإيجاب قبل ذلك و على هـذا فالقبول فى العقود العهـديّه الغير المعاوضـيّه كالهبه و الرّهن أيضا لا بدّ أن يكون متأخرا و لو كان بغير لفظ قبلت كاتّهبت و ارتهنت لأنّه لو قـدم لا يكون إنفاذا لما أوجـده غيره و لا يتضـمّن نقلا حتى يمكن تقديمه بالهيئه الوارده على الماده المناسبه لهذا الباب

بـل التّحقيق أنه لا يجوز تقـديم القبول فى باب المعاوضات أيضا و لو بالهيئه الوارده على المادّه المناسـبه لكل باب كاشتريت و اسـتأجرت و تزوّجت و نحو ذلك فإنّها و إن لم تتضـمّن المطاوعه لأن صـيغه التفعّل و الافتعال و الاسـتفعال و نحو ذلك ليسـت كصـيغه الانفعـال و مـادّه القبول متضـمّنه للمطـاوعه دائمـا بـل إذا تـأخّرت عن الإيجـاب إلّا أنّها من جهه خروجها عن الإيقاع و صيرورتهـا جزءا من العقـد لا بـدّ أن تكون متـأخّره فـإنّ قوله اشتريت لو لم يكن قبولا للشـراء لا يرتبط بقول البائع بعت و عـدم توقّف مفهومه على بعت و إن كان مسلما إلّا أن تقديمه يوجب عدم ارتباطه بالبيع فإنّه لو لم يتضمّن مطاوعه فلا يرتبط بالإيجاب و لو تضمّن المطاوعه فلا بدّ أن يكون متأخّرا فما أفاده قدّس سرّه من التّفصيل و تبعناه فى الدّوره السّابقه لا وجه له

[مسأله و من جمله شروط العقد الموالاه]

قوله قدّس سرّه و من جمله شروط العقد الموالاه إلى آخره

اعلم أنّ من العقود مـا يعتبر فيه الموالاه قطعـا و منهـا مـا لا تعتبر فيه قطعا و منها ما هو محلّ الإشـكال أما القسم الأوّل فكالعقود العهـديّه المعاوضـيّه كـالبيع و مـا يلحق بهـا كالنّكـاح و نحوهمـا و وجه اعتبارها فيها أمران الأوّل أنّه لمّا كان فيها خلع و لبس أو إيجـاد علقه فلا بـدّ أن يكون مقارنا للخلع لبس و هكـذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول و إلّا يقع الإضافه أو العلقه بلا محلّ و مضاف إليه الثّانى أنّ اعتبـار كونها عقـدا يقتضـى أن يرتبط إنشاء أحـدهما بإنشاء الآخر بأن يصـيرا بمنزله كلام واحـد بل كلّ أمرين أو أمور يجمعهـا عنوان واحـد كالصـلاه و الأذان و نحوهمـا يجب أن لا يفصـل بينهما فاصل مخلّ بالجهه الجامعه و ألّا يصـير كل واحد عنوانا مستقلّا

و بهذا الملاک أيضا لو انفصل المسـتثنى عن المسـتثنى منه فى باب الإقرار صار إنكارا بعد الإقرار فقول الشّهيد قدّس سرّه و هى أى الموالاه مـأخوذه من اعتبار الاتّصال بين المسـتثنى و المسـتثنى منه إنّما هو بلحاظ أن باب المسـتثنى منشأ للانتقال إلى اعتبار الاتّصـال بين كلّ أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحـد لا أن باب الاسـتثناء أصل و سائر الأبواب فرع له بأن يكون اعتبار الاتّصال فى الاستثناء ألزم و أقوى من غيره لأن اعتبار الاتّصال فى المقام آكد فإنّ فى باب الإقرار كلّ من المستثنى و المستثنى منه يصدر من متكلّم واحد و فى المقام من متكلّمين فارتباط كلام أحدهما بالآخر موقوف على اتّصالهما لأنّ المعنى الواحد لا يتحصّل من كلامهما إلّا إذا اتّصلا عرفا

و كيف كان فوجوب الوفاء بالعقد موقوف على اتّصال كلام الموجب بكلام القابل فإنّ العقد لا يتحقّق و لا يصدق إلّا معه و لا يقال إنّ لزوم المعاوضه يتوقّف على عنوان العقديّه المتوقّف على الاتّصال لانحصار دليله بقوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أمّا صحّتها فلا لعدم انحصار دليل صحّه العناوين ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ

و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و أدلّه النّكاح و الصلح و نحو ذلك تدل على صحّه العناوين من دون اعتبار العقديّه فيها فيكون الإنشاءان المنفصلان بيعا صحيحا غير لازم لأنّا نقول ليس البيع و التّجاره و الصّلح و النّكاح إلّا العقود المتعارفه مع أنّ هذا النّحو من المطلقات ليس فى مقام البيان من جميع الجهات

هذا مضافا إلى عدم إمكان التّفكيك بين اللّزوم و الصّحه إلّا بدليل خارجىّ من الإجماع و نحوه من جعل الشّارع الخيار للمتعاقدين أو جعلها لأنفسهما أو للأجنبى و إلّا فكلّ ما يقع صحيحا و يؤثّر فى النقل لا ينقلب عمّا وقع عليه إلّا بمقلّب خارجى فما أثر يؤثّر دائما و هو معنى اللّزوم و أمّا القسم الثّانى فكالعقود الإذنيّه من الوكاله و العاريه و الوديعه فوجه عدم اعتبار الموالاه فيها ما عرفت أنّ إطلاق العقد عليها مسامحه كيف و يكفى فيها كلّ ما يدلّ على الرّضا فلا وجه لاعتبار الاتّصال بين مظهر الإذن و التصرّف لا بمعنى عدم اعتبار بقاء إذن الموكل حين تصرف الوكيل بل بمعنى عدم اعتبار اتصال مظهر الرّضا مع رضا المتصرف بالتصرّف مع أنّ هذه العقود ليس فيها الخلع و اللّبس و أمّا القسم الثّالث فكالعقود العهديّه الغير المشتمله على المعاوضه كالهبه و الرّهن و منشأ الإشكال فيها كونها من العقود و العقد أمر وجدانىّ يتحصّل من كلامين فلا بدّ أن يكون بينهما اتّصال و من قيام السّيره القطعيّه على عدم اعتبار الموالاه فى موارد المعاطاه منها فإنّه قد يرسل الهدايا و الهبات من البلاد البعيده و يتحقّق القبول من القابل بعد زمان طويل و يدل عليه قضيّه ماريه القبطيّه سلام اللّه عليها الموهوبه للنّبى صلّى اللّه عليه و آله

و إيجاب الواسطه و الوكيل فى الإرسال متّصلا بالقبول بعيد جدّا و التّفكيك بين المعاطاه و العقد أبعد و لكن الحقّ اعتبار الاتّصال فيها أيضا و إرسال الهدايا من البلاد البعيده لا يدل على جواز الانفصال فإنّ تحقّق الأفعال مختلف فمنها ما لا يحتاج إلى زمان ممتدّ كما لو وقعت فى حضور المتعاطيين و منها ما يحتاج إليه كالهدايا المرسله من الأماكن البعيده فإنّ الفعل لا يتحقّق إلّا بوصولها إلى يد المهدى إليه و جميع هذه الأفعال الصّادره من الواسطه كأنّها صادره من الموجب فهو بمنزله من كان فى المشرق و كانت يده طويله تصل إلى المغرب فمد يده و أعطى شيئا لمن كان فى المغرب فإنّ فعله يتمّ فى زمان وصول يده إلى المغرب فتأمّل جيّدا

[مسأله و من جمله الشّرائط الّتى ذكرها جماعه التّنجيز]

قوله قدّس سرّه و من جمله الشّرائط الّتى ذكرها جماعه التّنجيز إلى آخره

لا يخفى أن بطلان العقد بالتّعليق الّذى هو ضدّ للتّنجيز المعتبر فى العقود ليس إلّا من جهه الإجماع أو لعدم صدق عناوين العقود و الإيقاعات عليه و إلّا فلم ينهض دليل آخر من العقل و النّقل على اعتبار التّنجيز الّذى يعبّر عنه فى كلام بعضهم بالجزم و ذلك لأنّ ما يمتنع عقلا هو التّعليق فى الإنشاء فإنّ الإيجاد سواء كان اعتباريا أو تكوينيّا يستحيل أن يعلّق على شى ء أى كما لا يمكن أن يعلّق وقوع الضرب على أحد على كونه عدوّا فكذلك يستحيل أن يكون إنشاؤه شيئا أو إخبار به متعلّقا على شى ء فإن إيجاد المعنى المقصود باللّفظ إمّا لا يحصل رأسا و إمّا يحصل مطلقا فوقوع الإيجاد معلقا مرجعه إلى التّناقض

و بالجمله فرق بين أن يكون المخبر به معلّقا بأن يقول أعطيك أن ائتنى و أن يكون نفس هذا الإخبار معلّقا فإنّه لو كان معلّقا

فلا- يتحقّق الإخبار و هكذا فرق بين أن يكون المنشأ معلّقا بأن ينشأ البيع على تقدير كون اليوم يوم الجمعه و أن يكون أصل إنشائه البيع معلّقا فإنه لو كان

كذلك لاستحال الإنشاء فما هو محلّ الكلام التّعليق فى المنشإ و صحّته لا يخفى على أحد بل وقوعه فى الأحكام الشّرعيّه فوق حدّ الإحصاء فإنّ أغلب الأحكام الشرعيّه بل جميعها إلّا ما شذ قضايا حقيقيّه و أحكام مشروطه على تقدير وجود موضوعاتها و وقوعه فى الجمله فى العقود و الإيقاعات كالوصيّه و التّدبير و النّذر و أخويه مما لا إشكال فيه

ثم إنّه لا ينحصر التّعليق فى أداه الشرط بل كلّ ما كان فى معنى التّعليق و لو بغير الأداه كالتّعليق بالزّمان المعبر عنه فى كلماتهم بالتعليق بالوصف و فى كلمات بعضهم بمعلوم الحصول كقوله أنت وكيلى فى يوم الجمعه يدخل فى محل النّزاع فبناء عليه التّعليق إمّا على الزّمان أو على الزّمانىّ و حيث إنّ صحّه العقد لا تتوقّف على التّعليق على الزّمان لم يدخله المصنف قدّس سرّه فى مورد التّفصيل فنحن نتبعه أيضا فى التّقسيم

فنقول المعلق عليه العقد إمّا أن يكون معلوم التحقّق و إمّا أن يكون مشكوكا و على التّقديرين إمّا أن يكون حاليا أو استقباليا و على التّقادير إمّا أن يكون ممّا يتوقّف عليه صحّه العقد ثبوتا كتوقف الطلاق على الزوجيّه بناء على بطلان إيقاع الفضولى و إمّا أن لا يتوقّف عليه صحّه العقد كتعليقه على مجى ء الحاج فالأقسام ثمانيه إلّا أن فى توقف صحّه العقد على الأمر الاستقبالى سواء كان مشكوكا أو متيقّنا مجرّد تصوير لأنّ الشّروط المعتبره فى العقد لا بدّ أن يكون حاصلا حين الإنشاء إلّا أن يقال فى باب السّلم يتوقّف ثبوتا صحّه العقد على الأمر الاستقبالى بأن لا يكون المسلم فيه عزيز الوجود فلو قال بعتك الحنطه سلما إذا كان مبذولا فى ذاك الزّمان دخل فى التّعليق على الأمر الاستقبالى المعلوم أو المشكوك حصوله و ممّا يتوقّف صحّه العقد عليه

و كيف كان فالمتيقّن من الإجماع بطلان التّعليق بما كان مشكوك الحصول و لم يتوقف صحّه العقد عليه حاليا كان أو استقباليا و الظّاهر أنّ الاستقبالىّ المعلوم الحصول زمانا كان أو زمانيا إذا لم يتوقّف صحّه العقد عليه ملحق بالصّورتين المتقدّمتين فى دخوله فى معقد الإجماع و أمّا باقى الصّور الخمس و هو معلوم الحصول الحالى الّذى لا يتوقّف عليه صحّه العقد و الصّور الأربع الّتى يتوقّف عليه صحّه العقد فهى خارجه عن معتقد الإجماع فلا محذور فى تعليقها بها بل الحقّ أنّ الإجماع الثابت فى الصور الثّلاثه ليس إجماعا تعبّديا بل إنّما أبطلوها لتوهّم اعتبار التّنجيز أو مانعيّه التّعليق

نعم يمكن أن يقال إنّ التّعليق ليس ممّا جرى عليه العرف و العاده فى الأمور العهديه و العقود المتعارفه بين عامّه النّاس و إن مسّت الحاجه إليه أحيانا فى العهود الواقعه بين الدّول و الملوك فلا يشمله أدلّه العقود و العناوين لكونه ممّا يشكّ فى صدقها عليه و من هذا البيان يظهر وجه الصّحه فيما لو علق العقد على ما يتوقّف صحّته عليه سواء كان المعلّق عليه معلوما أو مشكوكا لجريان العرف و العاده على التّعليق عليه سيّما إذا كان مشكوكا فإنّ طريق التخلّص منوط به و نرى وقوعه كثيرا بين عامّه النّاس و بعد كونه متعارفا يصدق العقد عليه فلا محذور فيه و هذا هو المدرك للصحه لا ما أفاده شيخ الطائفه بأنّ المنشئ لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد فإنّ هذا الوجه لا ينهض لدفع محذور التّعليق إن كان فيه محذور كما أورد عليه المصنف قدّس سرّه

و حاصله أنّ ما يتوقّف عليه العقد من

حيث ترتّب الأثر الشرعى عليه هو المتوقّف على الشّرط لا ما ينشأ المنشئ فإنّ إنشاءه لا يتوقّف على التّعليق لتمكنه من أن ينشأ منجّزا فيقول بعت أو هى طالق فإذا كان التّعليق مضرّا و فرضنا أن إنشاء المنشئ لا يتوقّف عليه ثبوتا بل الحكم الشّرعىّ متوقّف عليه و يمكنه إثباتا إيجاد العقد منجزا يبطل إيجاده معلّقا

و بالجمله التّعليق فى الحكم الشّرعى ليس من مدلولات كلام المتكلّم و من منشئاته و ما هو من منشئاته لا يتوقّف ثبوتا على التعليق فيضرّه إثباتا إذا كان أصل التّعليق مضرّا انتهى و لكن لا يخفى أنّ ما يتوقف عليه الحكم الشّرعى تاره لا يتوقف إنشاء المنشئ عليه و هو ما كان من مقتضيات إطلاق العقد كالبيع الواقع عن البائع و أخرى يتوقف عليه الإنشاء ثبوتا أيضا و هو ما كان ركنا و موضوعا للعقد أو الإيقاع كالزوجيّه للطّلاق و الرقبه للعتق فالتّعليق على أمثالهما لا يضرّ لأنّه لم يشترط إلّا ما يتوقّف العقد عليه فالأولى هو التفصيل لو كان التّعليق بإطلاق

[مسأله و من جمله شروط العقد التّطابق بين الإيجاب و القبول]

قوله قدّس سرّه و من جمله شروط العقد التّطابق بين الإيجاب و القبول إلى آخره

لا يخفى أنّ اعتبار التّطابق من القضايا الّتى قياساتها معها لأنّ العقد عباره عن أمر وجدانى متحصّل عن الإيجاب و القبول فلو أنشأ أحدهما البيع و الآخر قبل بعنوان الهبه أو أحدهما باع الجاريه و الآخر اشترى العبد لم يتحصّل معنى واحد منهما لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر نعم لو لم تكن الخصوصيّه الّتى اختلفا فيها ركنا فى المعامله و لا توجب اختلافا فى العقد مثل كون المخاطب هو المشترى أو كونه وكيلا منه فلا بأس بعدم التّطابق لما عرفت أنّ البيع تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله مع بقاء الطّرف الآخر بحاله فالمعاوضه تقع بين المالين و لا خصوصيّه لمالكهما و هذا بخلاف عقد المزاوجه فإنّ العلقه فيها تحصل بين الزوجين فهما بمنزله العوضين فى باب المعاوضه فلا بدّ فى النّكاح من التّطابق بين الإيجاب و القبول بالنّسبه إلى الزّوج و الزوجه

و ممّا ذكرنا ظهر أنّه لا بدّ من اتّحاد المنشأ حتى بالنسبه إلى التوابع و الشّروط فلو أنشأ أحدهما مع شرط و قبل الآخر بلا شرط أو باع البائع عبدين و قبل المشترى أحدهما و غير ذلك ممّا هو نظير ما ذكرناه لم يصحّ أيضا لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر و لا يفيد لصحّه العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار تبعّض الصّفقه و التوقّف على الإجازه اللّذان هما من آثار العقد الصّحيح لأنّه لا بدّ أولا من صحّه العقد باتّحاد المنشأ بأن يتقبل المشترى ما يملكه البائع و ما لا يملكه كليهما حتى يتخير بين الفسخ و الإمضاء لو علم بالحال فما يترتّب على الصّحه لا يمكن أن يكون منشأ للصحه

نعم فى بعض الأمثله يمكن دعوى تطابق الإنشاءين كما لو قال بعتك الكتاب بدرهم و الثوب بدرهم فقال قبلت الثوب بدرهم لأنّهما عقدان مستقلان و كيف كان فلا إشكال فى الكبرى

[مسأله و من جمله شروط العقد أن يقع كلّ من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكلّ منهما الإنشاء]

قوله قدّس سرّه و من جمله شروط العقد أن يقع كلّ من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكلّ منهما الإنشاء إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا الشـرط أيضا كالشرط السّابق من القضايا التى قياساتها معها بل منشأ اعتباره هو المنشأ لاعتبار الشرط السّابق لأنّ العقـد لا ينعقـد إلّا بفعل الاثنين فلو فقد حين أنشأ أحدهما شـرائط العقد فوجودها سابقا أو لاحقا لا أثر له و مجرّد تحقّق الشـرط حين إنشاء الآخر لا يفيد بعد كون إنشائه جزءا للعقد لا إيقاعا مستقلّا فلو كان المشترى

حين إنشاء البائع نائما لا يصحّ العقد و كذلك العكس

و التّفصيل بينهما كما فى حاشيه السيد قدّس سرّه لا وجه له و ما يدّعيه من الصّحه بلا إشكال فى العقود الجائزه فإنّما هو فى العقود الإذنيّه لا العهديّه ثم لا فرق بين الموت و الجنون و نحوهما و بين الفلس و الرقبه و نحو ذلك لأنّ المدار فى التّطابق بين المشترى و البائع حال العقد على اجتماع جميع شرائط الصّحه و اللّزوم و بعباره أخرى المدار على ما به يصير العقد عقدا نعم رضا المشترى حين إيجاب البائع و كذا العكس غير المعتبر فى صحّه العقد و المعاهده لأن ما يعتبر فى صدق العقد هو قصدهما لإيجاد المادّه لا رضاهما به فلا يكون صحّه بيع المكره إذا لحقه الرّضا على خلاف القاعده

[فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصّيغه]

قوله قدّس سرّه فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصّيغه إلى آخره

قد يقال بأن اعتبار العقديّه و المعاهده بين الإنشاءين يقتضى أن يكونا متّفقين فى الصّحه فلو اختلفا بأن اعتقد المشترى فساد العقد الفارسى فصحّته عند الموجب لا أثر له و هكذا العكس و هذا من غير فرق بين اتّفاقهما على الفساد أو اختلافهما فيه فكما يبطل العقد الّذى إيجابه فاسد بنظر المشترى و قبوله فاسد بنظر الموجب فيكون العقد مما اتّفقا على بطلانه فكذا يبطل لو اختلفا فيه كما إذا كان أحد الركنين فاسدا و ذلك لما حقّق فى الأصول من أنّ الأحكام الظاهريّه أحكام لمن لا ينكشف خلافها عنده فالإجزاء لا وجه له إلّا فى تبدّل الرأى و مثله بالنّسبه إلى القضاء و الإعاده فى العبادات لقيام الإجماع عليه و أمّا فى غيره كاقتداء من يرى وجوب السّوره بمن لا يرى وجوبها و يتركها فى الصلاه فلا دليل عليه

ففى المقام من يرى فساد سبق القبول على الإيجاب كيف يصح منه الإيجاب بعد هذا القبول و ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الوجهين الأوّلين و هو جواز اكتفاء كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه و عدم جواز اكتفائه مبتيان على أنّ الأحكام الظّاهريّه المجتهد فيها هل هى بمنزله الواقعيه الاضطراريّه أم هى أحكام عذريّه لا موضوع له فى المقام لأن المسلّم من ترتيب أثر الحكم الواقعى الاضطرارى على الحكم الظّاهرىّ هو ما إذا كان فعل العامل بالحكم الظّاهرى موضوعا بالنّسبه إلى غيره كمن اعتقد صحّه العقد الفارسى و تزوّج امرأه به فلا يجوز لغيره أن تزوّج بهذه المرأه ما دامت فى حباله الزوج و إلّا كيف يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسى لمن يرى بطلانه و كيف يصحّ أن يوكل الزوج الّذى يرى بطلانه من يعتقد صحّته

و بالجمله النّكاح فعل واحد و أمر خاص يحصل من الإيجاب و القبول فمن يظن فساد الإيجاب اجتهادا أو تقليدا كيف يجوز له قبول هذا الإيجاب فضلا عمّن يقطع بفساده نعم لو قلنا بصحّته فالوجه الثّالث أردأ الوجوه لأن مجرّد عدم القائل لا يقتضى الفساد فلو فرضنا عدم القائل بجواز تقديم القبول و جواز العقد الفارسى و القابل أنشأ قبل الإيجاب و الموجب أنشأ بالفارسى مع أن كلا منهما يرمى صحّه إنشاء نفسه من حيث هو فلا وجه لبطلانه

و بالجمله الحق عدم صحه اكتفاء كلّ منهما بما يراه صحيحا عند الآخر و فاسدا عند نفسه و لا فرق بين هذه الصوره و الإخلال بالتّنجيز و الموالاه و نحوهما التى حكم المصنف قدّس سرّه أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأنّ فساد الجزء فى باب العقد

كفساد المجموع هذا مع أنّ فى غير التّنجيز فى فساد المجموع تأملا- فإن فى باب التّنجيز يمكن أن يقال إنّ البائع إذا أنشأ الإيجاب معلّقا زاعما صحّته و قبل المشترى هذا الإيجاب الّذى

يعتقد فساده يكون قبوله أيضا باعتقاده فاسدا لأن قبول المعلّق

و أمّا الإخلال بالموالاه فكيف يفسد كلا الجزءين فإنّ القابل الّذى يعتقد عدم اعتبار الموالاه إذا أوجد القبول بعد مده لا يفسد الإيجاب عنده و إلّا فيقتضى أن يكون فساد كلّ جزء موجبا لفساد المجموع و لعلّ هذا وجه نظر المصنف قدّس سرّه بقوله فتأمّل

و لكن الأقوى أن يقال و إن كان بين العقد و الإيقاعين فرق فإنّ العقد يرتبط كلّ جزء منه بالآخر إلّا أن ذلك لا يقتضى فساده فيما إذا اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فإنّ اختلافهما فى اعتبار تقديم الإيجاب و الماضويّه و نحوهما ليس كاختلافهما فى المنشإ بأن ينشئ أحدهما البيع و الآخر الهبه فإنّه لو لم يتطابقا فى المنشإ لا يرتبط الإيجاب بالقبول و هذا بخلاف ما إذا اختلفا فى شرائط الصّيغه فإنّ الإيجاب بالفعل المضارع و إن كان باطلا عند القابل إلّا أن فعل الموجب و منشأه لا يدخل فى مفهوم القبول كالعكس فإذا أوجد البائع ما هو وظيفته باعتقاده فقد أتى بأحد جزئى العقد و هكذا من طرف المشترى

و التّعليل للفساد بأنّ العقد متقوم بالطّرفين فاللّازم أن يكون صحيحا من الطّرفين كما فى العروه أو بأن البيع فعل واحد تشريكىّ و لا بدّ من كونه صحيحا على مذهب كلّ منهما كما فى حاشيه السّيد لا يستقيم لأن تقوم العقد بالطّرفين لا يقتضى أن يكون الموجب ينشئ مقصوده على نحو ينشئ طرفه مقصوده به و كون البيع فعلا واحدا تشريكيا ممنوع بل فعلان مرتبط أحدهما بالآخر فتأمّل

[مسأله فى أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

[الأول الضمان]

اشاره

قوله قدّس سرّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه إلى آخره

لا يخفى أنّ الكلام فى المقبوض بالعقد الفاسد يقع فى مقامين الأوّل فى الحكم التّكليفى و الثّانى فى الحكم الوضعى أمّا حكمه التّكليفى فقد يقال بجواز تصرّف القابض لأنّ فساد المعامله لا يوجب زوال الإذن و الرضا بالتصرف الذى كان فى ضمن العقد لأنّ الجنس لا يتقوّم بفصل خاصّ و أمّا حكمه الوضعى فقد عرفت فى الأمر الثامن فى المعاطاه ما يظهر من بعضهم من حصول الملك بالقبض الحاصل بعد العقد الفاسد زاعما كونه معاطاه أو راجعا إليها و فيهما ما لا يخفى

أمّا فى الأوّل فلأنّ الرّضا أمر بسيط ما به امتيازه عين ما به اشتراكه و ليس من قبيل الجنس المتقوّم بفصول مختلفه حتى يبتنى على تلك المسأله فإذا لم يرتّب الشّارع على الرضا فى ضمن المعامله الفاسده أثرا فليس هناك رضا آخر نعم لو فرض رضا جديد بتصرف المأذون فى ملك الآذن فهو موجب لجواز التصرّف و لكنّه خارج عن الرضا بالمعاقده

و بالجمله فرق بين الرضاء الحاصل من باب أنّه ملك للقابض للجهل بالفساد أو للبناء على الصحه تشريعا أو لا هذا و لا ذاک بل مجرّد البناء المعاملى و لو عصيانا كما فى بناء الغاصب و المقامر و نحوهما على البيع و بين الرضاء الحاصل من باب أنه ملك للآذن و ما يوجد فى المقبوض بالعقد الفاسد هو الأوّل و المفروض أنّ الشّارع لم يرتّب عليه الأثر فالأقوى بالنسبه إلى الحكم التكليفى هو حرمه التصرّف و وجوب الرد فورا و أمّا فى الثّانى فقد عرفت أنّ القبض الواقع بعد العقد الفاسد إنّما يقع وفاء لا إغماضا عن العقد فالأقوى عدم حصول الملك بالقبض بعد العقد الفاسد فيضمن القابض ما أخذه به

و الدّليل عليه مضافا إلى دعوى الإجماع عليه من الأساطين النبوىّ المعمول به عند الفريقين على اليد ما أخذت حتى تؤدّى فإنّ الظّرف فى المقام ظرف

مستقرّ لوقوعه خبرا فاستقرار الأموال و ثبوتها على اليد ظاهر فى الحكم الوضعى كما إذا قيل عليه دين أو عين أى يستقرّ عليه الدّين و حمل الحديث على الحكم التّكليفى خلاف الظّاهر لاقتضائه أن يجعل الظّرف لغوا و يقدر يجب و نحوه و لا شاهد عليه

نعم إذا كان متعلّق الحروف الجاره و ما أسند إليه الظّرف فعلا من الأفعال كما إذا قيل عليه القيام و القعود فظاهره فى الحكم التّكليفى ثم إنّ كلمه الموصول عمومها باعتبار صلتها فإذا كان الأخذ عامّا لكلّ ما دخل تحت اليد و استولى عليه الآخذ سواء كان عدوانا أو لم يكن فيكون خروج اليد الحقّه كموارد إذن المالك الحقيقى أو إذن المالك المجازى مجانا بالتّخصيص و أما لو قلنا بأن الأخذ هو الأخذ عن قهر و الاستيلاء بلا حقّ كما هو الظاهر فخروجها بالتّخصّص و تظهر الثّمره فى الشّبهات المفهوميه كما سيجى ء الإشاره إليها إن شاء اللّه تعالى فى طى المباحث

و كيف كان فدلاله النبوى على الضّمان فى الجمله لا إشكال فيه و يدل عليه أيضا قوله ع فى الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد أن أولدها المشترى أنّه يأخذ الجاريه صاحبها و يأخذ المشترى ولده بالقيمه فإن حكمه ع بضمان الولد ليس إلّا لكونه تابعا للعين فيقتضى كون العين مضمونه

و توضيح ذلك أن ضمان المنافع تاره يكون تبعا لضمان العين و أخرى يكون مستقلّا و القسم الثّانى على أقسام منها ما إذا أتلف المنفعه باستيفائها كما إذا سكن الدّار المستأجره بالإجاره الصّحيحه أو الفاسده فإنّ العين فى الأولى ليس مضمونه و تضمن المنفعه و فى الثّانيه و إن كانت مضمونه إلّا أن ضمان المنافع ليس تبعا لها بل إنّما يضمنها من باب قوله ع من أتلف مال الغير و منها هذه الصّوره مع عدم كون العين تحت يد التلف كمن ركب دابّه الغير أو جلس فى بيته مع كون الدابّه و البيت تحت يد المالك أو شرب حليب شاه الغير و أكل من ثمره بستانه و منها ما إذا تلفت المنفعه بسبب منه كما لو منع مستأجر الدار عن التصرف فيها فإنّه يضمن المنفعه

و على أىّ حال ليس استيلاد الأمه داخلا تحت هذه العناوين فإنه لم يستوف منفعه الأمه فإن استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب و الجلوس و الأكل و الشرب و الوطى و نحو ذلك و عد العرف حصول الولد له منفعه من الأمه لا اعتبار به لأنّ نظر العرف ليس متّبعا فى تعيين المصاديق

نعم أوجد ما هو السّبب لفوت المنفعه على المالك لأن وطيه الّذى استلزم الحمل صار سببا لفوت المنفعه عليه و لكن ضمان من منع المالك من التصرّف حتى تلف المنفعه ممنوع إلّا إذا قيل بأنّ قاعده لا ضرر كما ينفى الحكم الثابت الّذى يلزم منه الضّرر كذلك تثبت الحكم الّذى لو لا تشريعه لزم منه الضّرر

و بالجمله الّذى استوفاه المشترى إنّما هو الوطى و المفروض أنّ القيمه لم تجعل عوضا له بل للولد و الولد ليس من المنافع المتلفه و لا ممّا كان المشترى سببا لإتلافها لأنّ الولد لم يكن لمالك الأمه حتّى يكون مشترى الأمه سببا لإتلافه فليس استيلاد الأمه إلّا من قبيل منع المالك من السكون فى داره فضمان الولد الّذى يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّا إنّما هو من جهه تبعيه المنافع التّالفه للعين المضمونه فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للأولويّه بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التّالف و بالجمله

منشأ الضـمان إما قاعده اليد أو الإتلاف أو التّسبيب و الأخيران منتفيان فى المقام أمّا الإتلاف فلأنّ الأب لم يسـتوف المنفعه فإنّ الولد لا يعد من المنافع فإن حكمه حكم الأب و الأم فكما أنه لا يكون

من المنافع مع أنهما من أعظم ما يتصوّر من الفوائد فى الدّنيا فكذلك الولد فمراد المصنف قدّس سرّه من أن الاستيلاد ليس استيفاء أنّه ليس ممّا استعمله و أتلفه المستولد

و الأصل فى هذا التّعبير العلّامه قدّس سرّه فإنّه قال فى التذكره منفعه بدن الحر تضمين بالتفويت لا بالفوات فلو قهر حرّا و استعمله فى شغل ضمن أجرته لأنّه استوفى منافعه و هى متقوّمه كما لو استوفى منافع العبد و لو حبسه مدّه لمثلها أجره و عطل منافعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأجره لأنّ منافعه تابعه لما لا يصحّ غصبه إلى آخره

و مراده من قوله فهو كالتّالف أن الولد لو لم يكن حكم الشّارع بحريته كان تابعا لأمّه فى الرقيه و أمّا بعد حكمه بها فيكون كالتّلف السّماوى و فى باب ضمان اليد لا فرق بين التّلف السّماوى و ما بحكمه و أمّا باب التّسبيب فواضح أنّ وطى المشترى ليس سببا لتلف المنفعه الموجوده المملوكه لمالك الأمه فلا يدخل تحت قاعده الضّمان بالتّسبيب فانحصر أن يكون منشؤه ضمان اليد لأن سائر ما يوجب الضّمان منتف فى المقام

[القول فى القاعده المعروفه كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و عكسها]

قوله قدّس سرّه ثم إنّ هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده إلى آخره

قد يقال بأنّ هذه القاعده لم يدلّ عليها نصّ و لا وقعت فى معقد إجماع حتّى تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فعلى هذا لا أهميّه فى بيان معناها أصلا و عكسا و بيان مدركها كما اهتمّ به المصنف و لكنّك خبير بأنّ ظاهر صدر العنوان و إن دلّ على أنّ هذه القاعده أصلا و عكسا من الأصول المسلّمه و القواعد الكليه الشّرعيّه إلّا أنّه يظهر من مجموع كلامه أنّه بصدد بيان ما هو خارج عن قاعده اليد تخصّصا أو تخصيصا فإنّ اليد تقتضى الضّمان و يرفع هذا الاقتضاء فى الجمله إذن المالك و تسليطه فالمهم بيان ما يخرج عن العموم و ليس ذكر القاعده المعروفه أصلا و عكسا إلّا لبيان ذلك

إذا عرفت ذلك فنقول الضّمان قد يراد به المعنى المصدرى كما فى قاعده الخراج بالضّمان كما تقدم وجهه و قد يراد به المعنى الاسم المصدرى كما فى المقام فإن يضمن حيث إنّه مبنى للمفعول يناسب المعنى الاسم المصدرى مع أنّ تعهّد الضّامن فى الفاسد كالعدم فالجامع بينه و بين الصّحيح هو هذا المعنى و كما فى باب الغصب و المقبوض بالسوم و نحو ذلك ممّا حكم الشّارع بالضمان من دون تعهّد الضامن و التزامه و هو فى الأصل مأخوذ من ضمن بمعنى التزم و تعهّد فكان الضّامن بجعله الضمان أو بالجعل الشّرعىّ متضمّن للمال و مثبت فى ذمّته الّتى هى واد وسيع

و بالجمله معنى الضّمان كون المال فى الذمّه و من آثار ثبوت المال فى الذمّه الغرامه و الخساره لا أنّ الغرامه معناه الحقيقى ثم إنّه ليس معنى الضمان كون تلف ما يضمنه الضّامن فى ملكه كما احتمله العلّامه فى الأوانى المكسوره و اختاره صاحب المقابس فى مطلق الضّمانات و لو فى غير باب الإتلاف كباب المغصوب و نحوه لأنّه لا موجب لتقدير التّالف ملكا لمن تلف فى يده لأنّ الغرامه فى باب الإتلاف و الغصب ليست معاوضه حتّى يعتبر دخول معوّضها فى ملك الغارم

ثم إنّ اختلاف آثار الضّمان و أحكامه باختلاف موارده لا يوجب اختلافا فى معناه فإن معناه كما عرفت هو كون الشى ء فى عهده الضامن و الخروج عن العهده و تفريغ الذمّه عمّا اشتغلت بها تاره بالعوض المسمّى و أخرى بالمثل أو القيمه و ثالثه بأقلّ الأمرين كما فى تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض فاختار فى المسالك ثبوت أقلّ الأمرين و ذلك لأنّ المتّهب كان له التّخيير

مع بقاء العين بين ردّها و دفع المسمّى فإذا تلفت فإن كان الأقل هو المسمّى فقد رضى به الواهب و إن كان قيمه العين فحيث إنّ المتّهب كان مخيرا فله ردّ الهبه بردّ قيمه العين

و لكن عن جماعه تعيّن دفع المسمّى لأنّ تعذّر رد العين أوجب تعيين أحد عدلى التّخيير مع أنّه يمكن أن يقال بأنّ الضّمان فى الصّحيح و الفاسد كليهما المثل أو القيمه فإنّ الضّمان بالمسمّى فى الصّحيح هو قبل القبض و هو خارج عن القاعده فإنّها أسّست لموارد ضمان اليد و هو يتحقّق بالقبض و يقال إنّ بالقبض ينتقل الضّمان و معنى انتقاله أنّ المسمّى يصير بعد القبض هو المثل أو القيمه و معنى ضمان القابض بعد قبضه مع أنّ المقبوض ملكه أنه لو تلف و طرأ عليه فسخ أو انفساخ يجب عليه ردّ المثل أو القيمه فالمثل أو القيمه هو المضمون فى الصّحيح و الفاسد

و بالجمله مرادهم من انتقال الضّمان بالقبض أنّ الضّمان قبل القبض كان على المنتقل عنه و بعده انتقل إلى المنتقل إليه و لا شبهه أنّ الضّمان كما ينتقل عن المالك الأصلى إلى المالك الفعلى كذلك ينتقل بالقبض من الضّمان الجعلى إلى الضّمان الواقعى أى ينتقل من المسمّى إلى المثل أو القيمه فلا فرق بعد القبض بين المقبوض بالعقد الصحيح و الفاسد و على هذا فلا وجه للالتزام بأن الخروج عن العهده فى العقد الفاسد أيضا بأداء المسمّى حتّى لا يلزم التّفكيك بين لفظى الضّمان فى قولهم يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لما عرفت من عدم لزوم الاختلاف مع أنّ كيفيه الخروج عن العهده خارج عن حقيقه الضّمان فلو التزمنا بأن كيفيّته فى العقد الصّحيح بأداء المسمى و فى الفاسد بأداء المثل أو القيمه فلا يلزم تفكيك فى معنى الضّمان

ثم لا يخفى ما فى كلام المصنف فى ردّ من توهّم أنّ الضّمان فى الفاسد أيضا بالمسمّى بأن احتماله ضعيف لا لأن ضمانه المسمى يخرجه من فرض الفساد إذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّه نظير المعاطاه على القول بالإباحه إلى آخره فإنّ الجمع بين الفساد و تعيين المسمّى للعوضيّه جمع بين المتناقضين و تعيّن العوض المسمّى فى المعاطاه ليس مع فرض فسادها لأنه لا يعقل مع عدم تعلّق الجعل الشرعى بكون المسمّى عوضا و حكمه بفساده أن يكون عوضا بل تعيّنه للعوضيّه فى المعاطاه إنما هو مع فرض صحّتها غايه الأمر أنّها لا تفيد التّمليك الّذى قصده المتعاطيان ابتداء بل إمّا تفيد الإباحه أو التّسليط أو التّمليك بشرط تحقّق أحد الملزومات و على أىّ حال تصح المعاطاه لا أنّها تفسد و مع ذلك يتعين المسمّى للعوضيّه فقياس العقد الفاسد على المعاطاه على القول بالإباحه قياس مع الفارق

قوله قدّس سرّه ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع إلى آخره

لا يخفى أن بعضهم عبّر عن هذه القاعده بقوله كلّ عقد يضمن بصحيحه إلى آخره و بعضهم عبّر عنها بقوله ما يضمن بصحيحه إلى آخره و على أىّ حال المقصود واحد فإنّ المراد من العقد ليس خصوص ما لم يكن فيه شائبه الإيقاع بل يشمل كلّ ما فيه تضمين و تعهّد فمعناه أنّ كلّ ما صدر على وجه التعويض فالفاسد منه كصحيحه يوجب الضّمان فيكون المراد من عكسه أنّ كلّ ما صدر لا على وجه التعويض بل مجّانا ففاسده كصحيحه لا يوجب الضّمان و على هذا فتشمل القاعده مثل الجعاله و الخلع فلو فرضنا كون الخلع فاسدا فليس المهر للزّوج مجانا كما أنّه لو فرض أن عوض الخلع كان مال غير الزّوجه فلا يمكن أن تكون

الزّوجه مطلّقه بلا عوض بل إمّا يفسد الخلع و إمّا

يجب عليها المثل أو القيمه و هكذا فى مسأله الجعاله

ثم بعد ما ظهر أنّ هذه القاعده إنّما أسّست لموارد تمييز اليد المجانيّه عن غيرها فلا بدّ من أن يكون معناها مطابقا لما هو مدركها و لا وجه لما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الكلام فى معنى القاعده لا فى مدركها فعلى هذا لو كان ظاهر هذه القاعده ما أفاده قدّس سرّه من أنّ الموضوع هو العقد الّذى كان له بالفعل فرد صحيح و فاسد و كان هذا المعنى منافيا لمدركه فيجب أن يحمل على معنى آخر لا يكون منافيا لدليله و المعنى الصّحيح هو الّذى ذكرناه و حاصله أنّ المراد من الأصل أنّ كلّ عقد صحيح صدر على وجه التّعويض فالفاسد منه يوجب الضّمان و المراد من العكس أن كلّ ما صدر صحيحه مجانا فالفاسد منه لا يوجب الضّمان و هذا المعنى جامع و مانع و لا يحتاج إلى إراده النّوع فى العقد و لا الصّنف و لا خروج ما كان موجب الضّمان هو الشّرط دون العقد و لا فرض الوجود بالفعل للصحيح و الفاسد لأنّ كلّ ما صدر مجانا كالهبه الغير المعوّضه و الصّلح فى مقام الإبراء فالصّحيح و الفاسد منه لا يوجبان الضّمان كما أنه لو فرض صحّه البيع بلا ثمن و الإجاره بلا أجره فكذلك لا يوجبان الضّمان لأن فرض صحّه معناه مجّانيّه المبيع و العمل ففساده و لو كان ناشيا من قبل الشّرط لا يوجب الضّمان

نعم لو كان الشرط فاسدا بعد التعويض كما لو جعل بإزاء المبيع الثمن ثم شرط أنّه لو تلف المبيع عند المشترى فضمانه على البائع فهذا خارج عن عنوان البحث لأنه التزام فى التزام و سيجى ء حكمه و بالجمله ما احتمل بعضهم فى العباره من أن يكون معناها أن كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد و رتب عليها عدم الضّمان فى مثل بعتك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره هو المعنى الصّحيح للقاعده لأنّ هذه القاعده كجميع القضايا الحقيقيّه الحكم فيها مرتب على فرض وجود الموضوع فمعناها أن كلّ ما يضمن لو كان صحيحا يضمن بفاسده و كلّ ما لا يضمن لو كان صحيحا لا يضمن بفاسده و فرض صحّه البيع بلا ثمن عباره أخرى عن فرض المجانيّه ففساده و لو كان من قبل نفس هذا الفرض حيث إنّ البيع بلا ثمن باطل لا يقتضى الضّمان

قوله قدّس سرّه ثم إنّ لفظه الباء فى بصحيحه و بفاسده إلى آخره

لا يخفى أنّ الباء يستعمل فى الظّرفيّه كقوله سبحانه وَ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللّهُ بِبَدْرٍ و قوله نَجَّيْناهُمْ بِسَحَرٍ و السببيّه كقوله عز من قائل إِنَّكُمْ ظَلَمْتُمْ أَنْفُسَكُمْ بِاتِّخاذِكُمُ الْعِجْلَ و قوله فَكُلًّا أَخَذْنا بِذَنْبِهِ و ليست السببيّه أظهر من الظّرفيّه فعلى الظّرفيّه لا يلزم تفكيك و على السببيّه يختلف معناها فى الصّحيح و الفاسد فإنّ الضمان فى قولهم بصحيحه مسبّب عن العقد و فى الفاسد مسبّب عن القبض

نعم يمكن أن يوجّه هذا المعنى أيضا بأنّ العقد فى كلّ منهما هو السّبب النّاقص فإنّ القبض لو لم يتحقّق فى الصّحيح لم يتحقّق الضّمان لقولهم و بالقبض ينتقل الضّمان و فى الفاسد العقد أيضا منشأ للقبض الّذى هو منشأ للضّمان و لكنّه لا يخفى الاختلاف بين الصّحيح و الفاسد فى السّببيّه لأنّ القاعده حيث ما عرفت أنّها لتأسيس تمييز موارد التّسليط المجّانى عن غيره فالتّسليط مع العوض الّذى يقتضى الضّمان فى الصّحيح مستندا إلى العقد و هذا لا ينافى إناطه صحّه العقد بالقبض كما فى الصرف و السّلم أو كون تلف المبيع قبل القبض على البائع الانفساخ العقد فإنّ شرطيّه القبض لا يوجب أن يكون الضّمان مستندا إليه

كما أنّ انفساخ المعامله بعدم القبض لا يوجب أن يكون الضّمان

ناشيا عن القبض فإنّ الضّمان قبل القبض ضمان تبعىّ و الضّمان الأصلى من البائع هو ضمان الثمن و هو بنفس العقد حاصل و هذا بخلاف الضمان فى مورد الفساد فإنّه مستند إلى القبض إلّا أن يقال إنّ الجامع بينهما هو السببيّه فى الجمله و هذا كاف فى استعمال لفظه باء فى كلا الموردين

قوله قدّس سرّه ثم إنّ المدرک لهذه الكليّه إلى آخره

لا يخفى أنّه بعد ما ظهر أن عموم على اليد مقتض للضّمان فى جميع ما دخل تحت اليد فلا مجال إلا للبحث عما يرفع الضمان فنقول يشترط فى تحقّقه أمور الأوّل أن يكون الاستيلاء على المال ناشئا عن التّسليط المجانى سواء كان فى المقبوض بالعقد الفاسد أو بغيره كما لو أذن فى إتلاف طعامه مجّانا فأكله المأذون لأن مورد البحث هو المقبوض بالعقد الصّحيح أو الفاسد أو ما هو بمنزله العقد لا فيما لا يدخل تحت اليد لأنّ هذه القاعده أسست للضّمان النّاشى عن المعاوضه أو المجانيّه بالنّسبه إلى ما دخل تحت اليد و ليست لبيان موجبات الضّمان و روادعها مطلقا

ثم إنّه كما يمكن أن يتحقّق القبض فى الأعيان فكذلک يمكن أن يتحقّق فى المنافع تبعا لقبض الأعيان فما أفاده قدّس سرّه من أن قاعده اليد لا تشمل المنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده لا وجه له أمّا باب المنافع فأخذ كلّ شى ء بحسبه و أمّا باب الأعمال فلأن منشأ الضّمان فيها هو احترام عمل المسلم فإن مدرک الضمان لا ينحصر بقاعده اليد بل قاعده الإتلاف و احترام الأعمال كافيان لإثبات الضّمان فإذا فرضنا أنّ المالک تبرّع بالعمل أو سلّط المتلف على إتلاف ماله مجّانا فلا ضمان لأنّ فى ضمان الأعمال يشترط أمور ثلاثه

الأوّل أن لا يكون سبب الفساد إجاره ما لا يرجع نفعه إلى المستأجر كما لو استأجر شخصا ليصلّى ما وجب على نفسه و فى حكمه باب السّبق و الرّمايه كما تقدم و الثّانى أن لا يكون العامل مبتدئ بالعمل بلا أمر و لا إجاره و لا إذن فإنّه لا يضمن عمله من عمل له و لو لم يقصد العامل التبرع الثالث أن لا يكون العامل متبرعا و بالجمله إذا تحقّق مقتضى الضّمان من قبض المضمون بالقبض المعتبر فى باب العقود و هو التّخليه فى إجاره الأموال و استيفاء عمل الحرّ فى إجاره الأعمال و لم يتحقّق ما يرفعه من المجانيّه فيؤثر المقتضى أثره

الثّانى أن يكون التّسليط المجّانى راجعا إلى العوضين لا ما إذا سلّطه على ماله بشرط خارجىّ أى بالتزام فى التزام كما لو جعل ضمان العوض على القابض فى عقد البيع و لكنّه تداركه بشرط خارجىّ من ماله

الثّالث أن يكون ما سلّطه عليه مصبّا للعقد و موردا له بحيث كان العقد واردا عليه و أمّا لو كان المسلط عليه خارجا عن مصب العقد و لكن الشارع حكم بتبعيته لمصبّ العقد فهو خارج عن القاعده فلا يرد النّقض بمسأله المسابقه و المراماه على أصل القاعده فإنّ الصّحيح منهما و إن اقتضى الضّمان لكونهما مراهنه أمضاها الشّارع و لكن الفاسد منهما بمقتضى الشّرط الأوّل خارجان عن القاعده لعدم دخولهما تحت يد الباذل و عدم رجوع نفع إليه بل هذان البابان خارجان عن باب العقود المعاوضيّه و ليس فيهما قبض و لا تسليط فلا ضمان فى فاسدهما و لو كان فى صحيحهما ضمان بمقتضى المراهنه الّتى أمضاها الشّارع و لا

يرد النّقض بتلف المبيع قبل القبض كما أورده المصنف على مدرك القاعده بناء على جعل مدركها هو الإقدام مستقلا و لو لم يكن معه يد

فقال مع أنّ مورد هذا التّعليل أعمّ من وجه من المطلب إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان

كما قبل القبض و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشترى إلى آخره

لما عرفت أنّ القاعده التأسيس الموارد الخارجه عن عموم على اليد و المبيع قبل القبض و إن تعلّق به الضّمان إلّا أنه لم يدخل تحت يد المشترى فلا يدخل تحت قاعده ما يضمن و أمّا قوله و قد لا يكون الإقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان إلى آخره

ففيه أنّ هذا أيضا بمقتضى الشّرط الثّانى خارج عن تحت القاعده لأنّ الضّمان تعلّق فى أصل المعاوضه بالعوض فإنّه جعل المبيع بإزاء الثّمن غايه الأمر شرط فى ضمن العقد شرطا صحيحا أو فاسدا فى أنّه لو تلف مال المشترى كان ضمانه على غيره و هو غير الإقدام على المجانيّه لأنّ هذا التزام خارجيّ هذا مضافا إلى أنّ إشكاله وارد على ما أفاده من معنى القاعده و هو لزوم الفرد الفعليّ للصّحيح و أمّا على ما قلنا بأنّ معناها أن كل ما لو فرض صحيحا يضمن به يضمن به مع الفساد و ما لا يضمن مع فرض الصّحه فلا يضمن بفاسده فلا إشكال أصلا لأنه لو فرض أنّ المشترى لم يقدم على الضمان و كان مرجع جعل البائع الضّمان على نفسه إلى جعل المبيع بلا عوض كالأمثله الّتى ذكرها بعد هذا المثال و هى بعتك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره فلا ضمان على المشترى حتّى يفترق الضمان عن الإقدام لأن هذا الشّرط لو كان صحيحا كان التسليط مجانيا فإذا فسد العقد بهذا الشّرط أو بغيره فلا ضمان

و بالجمله لو قلنا بأنّ الضمان هنا على المشترى فليس الإقدام مجّانيا و لو قلنا بأنّ الإقدام مجّانىّ فالضّمان ممنوع لأنّ معنى القاعده ليس أنّ فى كل فرد من أفراد البيع ضمانا حتى البيع بلا ثمن لأنّ فى صحيحه ضمان بل معناها أنّ كلّ شخص من المعاملات إذا فرض صحّته و لم يكن فيه ضمان ففساده أيضا كذلك و بالجمله بمقتضى الشرط الثّانى يخرج التّسليط المجانى الحاصل من الشّرط الخارج لأنّ فى نفس العقد لم يسلّطه على المبيع مجّانا و بمقتضى الشّرط الثّالث يخرج المنافع فى باب البيع عن تحت القاعده لأنّ مصبّ العقد فى البيع هو العين فإذا لم يقتض العقد الصّحيح ضمان المنافع و اقتضاه الفاسد فلا يرد نقض على عكس القاعده

قوله قدّس سرّه و أمّا عكسها فهو أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده إلى آخره

بعد ما عرفت معنى الأصل ظهر معنى العكس و مدركه فى القبض الصّحيح هو أنّ المالك إذا سلّط القابض على ماله مجانا يخرج هذا اليد عن عموم على اليد إمّا تخصّصا و إمّا تخصيصا و ملاكه فى الفاسد بعينه هو الملاك فى الصّحيح و لا أولويّه لأحدهما على الآخر و بهذا الملاك لا يقتضى الإتلاف المأذون فيه الضّمان أيضا لأن المالك لو أذن فى إتلاف ماله مجّانا يخرج هذا التصرّف عن عموم من أتلف

و بالجمله لا إشكال فى أنّ تسليط المالك على عين ماله أو على منفعته مجّانا و بلا عوض يوجب أن لا يكون على القابض و المتلف ضمان إنّما الإشكال فيما يتوهّم من النّقض على الأصل أو العكس فمن موارد النقض على العكس ضمان العين

المستأجره فإن صحيح الإجاره غير موجبه لضمانها مع أنّ فى الفاسد تضمن على ما فى الرياض و المحكى عن الأردبيلى فى مجمع الفائده

و لكنّه لا يخفى أنّ النّزاع فى ضمان العين و عدمه فيها نزاع صغرویّ و بيان ذلك أنّه لو قلنا بأن عقد الإجاره متعلّق بالمنفعه و العين خارجه عن مورد العقد أى العقد غير متعرّض لنفس العين و لازم ذلك صحّه شرط ضمان العين على المستأجر فضمان

العين فی الإجاره الفاسده لیس نقضا علی قاعده ما لا یضمن لأنّ القاعده مختصّه بمورد العقد و مصبّه و عدم ضمانها فی الصّحیح إنّما هو لأنّ العین أمانه مأذون فیها شرعا و حیث إنّها لیست أمانه فی الفاسد شرعا فید القابض علیها ید من غیر استحقاق فیضمن و أمّا لو قلنا بأنّ العقد متعلّق بالعین أیضا فنقول الفاسد کالصّحیح لا یوجب الضّمان لأنّ العین بناء علی هذا الوجه أمانه مالکیّه و مقتضی کون العین تحت ید المستأجر مجانا أن یتعلّق الضّمان بخصوص المنافع لا بالعین فلا یرد النّقض علی أی حال علی عکس القاعده

ثم لا بأس بالإشاره إلی مبنی الوجهین إجمالا و تفصیله فی باب الإجاره أمّا مبنی القول الأوّل فهو أن حقیقه الإجاره فی جمیع الموارد حقیقه واحده و لا شبهه أنّ فی إجاره الحرّ لم تتعلّق الإجاره إلّا بالمنفعه لأنّ الحر لا یمکن دخوله تحت ید المستأجر و فی إجاره الدابّه و السّفینه للحمل لا تقتضی دخولهما تحت یده فإذا لم یقتض حقیقتها فی هذین الموردین دخول العین تحت الید بل لا یمکن فی القسم الأوّل و المفروض أنها فی الجمیع حقیقه واحده فلا بدّ أن یتعلّق عقد الإجاره فی جمیع الموارد بالمنفعه حتّی فی مثل إجاره الدار و الدکّان للسکنی و تکون بالنّسبه إلی العین لا اقتضاء و علی هذا فیمکن شرط ضمانها علی المستأجر لأنّه لا ینافی مقتضی العقد و لازمه ضمان المستأجر فی الإجاره الفاسده إذا تلفت العین تحت یده

و أمّا مبنی الثّانی فهو أنّ الإجاره إضافه خاصّه حاصله من العقد و هی مشترک معنوی لملک المنفعه و الانتفاع و المنفعه عباره عن أمر وحدانی اعتباری عقلائی و الانتفاع عباره عن أمر تدریجیّ مساوق وجوده مع عدمه و هو الحاصل فی الآنات فوجوده کنفس الزمان ینقضی و یتصرم و اختلاف هذین النّحوین إنّما هو باختلاف الموارد و هذا الاختلاف لا ینافی اتّحاد الحقیقه فعمل الحر من قبیل ملک الانتفاع فإنّ عمله لا یملکه المستأجر إلّا تدریجا و لذا لا یستحقّ الحر المؤجر الأجره إلّا بمقدار عمله و أمّا منفعه الدّار فیملکها المستأجر تمام مدّه الإجاره بمجرّد الإجاره و لذا یستحقّ المؤجر الأجره أیضا بمجرّد العقد و لکون المنفعه داخله تحت ملک المستأجر فی إجاره الدّار و مقبوضه له بمجرّد قبض الدار و ضامنا للأجره بتمامها بمجرّد القبض استشکلوا بأنّ هذا لا یجتمع مع قولهم من أنّه لو انهدم الدّار تنفسخ الإجاره لأنّه فی حکم تلف المبیع قبل القبض

و هذا و إن أمکن الجواب عنه بأنّ القبض فی مرحله البقاء لم یتحقّق کشفا إلّا أنه علی أیّ حال اختلاف أجره الدّار مع أجره الحر یکشف عن اختلاف حکمها فی القبض و اقتضاء کون العین تحت الید و عدمه و کیف کان لا شبهه أنّ هذین الأمرین الاعتباریین یجمعهما حقیقه واحده و هی لیست إلّا إجاره نفس العین لیستوفی منها المنفعه أو الانتفاع الّذی قد یعبر عنه أیضا فی لسان الفقهاء بالمنفعه فی مقابل الانتفاع الذی یعبرون عنه فی باب العاریه فیقولون أنّ المستعیر یملک الانتفاع لا المنفعه و کلّ ما شئت فسمه إلّا أنه لا شبهه أنّ الأجره تقع فی مثل الدار و العقار مقابلا لکون العین المستأجره تحت ید المستأجر و فی مثل الحر و نحوه فی مقابل عمله فلا بدّ أن یقع العقد فی کلتا الصّورتین علی العین و العقد متعرض لها و إن لم یمکن دخول الحرّ تحت الید لأن کون الحر أجیرا معناه أنّه الذی یستحقّ عمله الغیر و أنّه العامل فالإجاره تتعلّق به لیستوفی عمله و هذا المعنی لا یقتضی

كون متعلّق العقد تحت يد المستأجر مطلقا بل يختلف باختلاف الموارد فمثل الحر لا يمكن أن يدخل تحت اليد و مثل الدابّه للحمل العقد بالنسبه إليها لا اقتضاء و مثل إجاره الدّار الأجره مقابله لكون العين مدّه الإجاره فى يد المستأجر

و على أىّ حال الإجاره تقع على العين ليستوفى منها المنافع و لذا يقال آجرتك الدّار و الدابّه و نفسى لعمل كذا و لا يصح أن يقال آجرتك سكنى الدار و آجرتك عملى فالإجاره فى جميع الموارد إضافه خاصّه تتعلّق بالعين ليستوفى منها منافعها أو عملها و اقتضاء كون العين تحت اليد مدّه الإجاره إنّما هو لخصوصيه المورد و من لوازم الفرد من حيث عدم إمكان استيفاء المنافع منها إلّا إذا كانت كذلك و لوازم الفرد لا تنفكّ عنه فشرط ضمان العين فى هذا القسم مناف لمقتضى العقد فإنّ العقد متعرّض لعدم الضّمان بالنّسبه إلى العين و يكون كالعين المرهونه الّتى يتعلّق بها حقّ المرتهن لبقائها تحت يده فإذا كان المستأجر مستحقّا كذلك فلا يضمن إلّا الأجره و إلّا يلزم أن يكون لمال واحد ضمانان

نعم يصحّ شرط الضّمان إذا استأجر الدابّه أو السّفينه للحمل فإذا شرط يضمن و أمّا لو لم يشترط و أطلق ففى جميع الموارد لا ضمان سواء كانت الإجاره على الأموال أم على الأعمال كانت الإجاره فى الأموال مقابله لكون العين تحت يد المستأجر أم لا كما أنّ فى جميعها مع الشّرط هو الضمان غايه الفرق أن فيما لا يقتضى كون العين تحت يد المستأجر فلصحه الشّرط و فيما يقتضى كونها تحت يده فلفساد العقد بفساد شرطه فإذا كان العقد فاسدا فمقتضى اليد الغير الحقّه هو الضّمان و على أىّ حال لا نقض على القاعده كما بينا وجهه و بالجمله كل ما يقتضى كون العين تحت يد المستأجر فشرط الضّمان مناف له و كلّ ما ليس كذلك فلا مانع من شرط الضّمان و لذا يصحّ فى عكس المسأله كما إذا شرط المستأجر ضمان العين على الأجير فيما إذا استأجره لقصاره الثوب أو خياطته أو صبغه فإنّ الأجره هنا مقابل العمل لا مقابل كون العين فى يد الأجير و لذا يجوز للمستأجر أخذ العين منه و بعباره أخرى فى الأجره على الأعمال لم تقع الأجره إلّا بإزاء العمل لا بإزاء كون العين تحت يد الأجير فإنه لا غرض للموجر إلا أخذ الأجره و حيث إنّه لا يمكنه الوفاء بالإجاره إلّا بأن يكون العين تحت يده يقع العين لغرض المستأجر تحت يده فيجوز للمستأجر شرط الضمان عليه و من موارد النّقض على العكس أيضا ضمان الصّيد الّذى استعاره المحرم من المحلّ بناء على فساد العاريه مع أنّ صحيحها لا يضمن بها أقول صحّه النّقض و عدمها موقوف على بيان حكم الصّيد الّذى استعاره المحرم

و البحث فيه عن جهات الأولى أنّه ينسب إلى المشهور أنّ الصّيد بمجرّد العاريه يخرج عن ملك مالكه و يجب على المستعير إرساله فورا بحيث لو أمسكه مقدارا ما يجب عليه الفداء أيضا فهو إمّا يرسله أو يتلف عنده أو يردّه إلى مالكه فلو أرسله فورا فلا يجب عليه إلّا قيمته للمالك و لو تلف عنده فيجب عليه القيمه و الفداء لتفريطه حق المالك و الخالق و لو رده فسيجى ء حكمه قال فى الشّرائع و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا لأنّه ليس له إمساكه و لو أمسكه ضمنه و إن لم يشترط عليه و ظاهره أنه لو تلف عنده يضمنه و لا وجه لحمل صاحب الجواهر قدّس سرّه كلامهم على صوره الإتلاف و هو الإرسال و هو أيضا يصرّح بأن إطلاق كلامهم يوهم ذلك إلّا أنّه قال

لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الّذى ذكرناه فإنّه الموافق لذكر مسأله المحرم و لا يخفى أنّه يمكن استفاده خروج الصيد عن ملك مالكه من مسأله من أحرم و معه صيد فإنّه اتّفقوا على أنّ الصّيد الّذى معه يخرج عن ملكه و يجب عليه إرساله و إن لم يفعل فمات يجب عليه الفداء و خروج ما معه عن ملكه و إن لم يلازم خروج ملك غيره لو استعاره منه إلّا أنّه يمكن أن يستفاد من مجموع ما ورد فى باب الإحرام أن كلّ ما وقع الصّيد تحت يده و إن كان ملك غيره يخرج عن المملوكيّه بل يحرم عليه صيد البر أيضا ما دام محرما كما هو مقتضى الآيه الشّريفه و كيف كان فالعجب من السيّد الطّباطبائى قدّس سرّه فى حاشيته على المتن فإنّه ضمّ عباره الجواهر إلى الشّرائع

و قال و فى الشرائع لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا لأنه ليس له إمساكه فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه ثم قال و هذه العباره كما ترى مختصّه بصوره الإتلاف بالإرسال فلا تشمل ما نحن فيه و الدّليل على الضّمان حينئذ عموم قوله من أتلف نعم مقتضى إطلاق بعضهم الضّمان فى المقام شموله لصوره التّلف السّماوى أيضا إلّا أنّه يمكن دعوى انصرافه إلى ما فى الشّرائع من الضّمان بعد الإرسال الواجب عليه إلى آخره مع أن لفظ ثم أرسله ضمنه بعد قول المحقق فلو أمسكه من كلام صاحب الجواهر لا من المحقق و كيف كان فالنقض مبنىّ على القول بضمان المستعير و لو مع التّلف

الثانيه هل الضّمان مطلقا أو فى صوره الإرسال مختصّ بما إذا جهل المعير أو يشمل صوره عمله قال السيد فى الحاشيه إذا كان المعير عالما فهو المتلف لما له بدفعه إلى من هو مكلّف بإتلافه و لكنّه لا يخفى أنّه لو لم يكن بين السبب و الأثر المترتّب عليه فعل اختيارى عن غيره فالأمر كما ذكره لأنه ينسب الفعل إلى السّبب و ما إذا كان كما فى المقام فلا فرق بين علم المالك و جهله لأنّ الفعل ينسب إلى المباشر لأنّه لو لم يأخذ المستعير لم يخرج عن ملك مالكه فإنّ أمر المعير بنفسه لا يوجب التّلف و هذا الحكم مطرد فى جميع موارد المباشره الاختياريّه فلو أمر المالك أحدا بقتل عبده المسلم أو بإلقاء ماله فى البحر بلا جهه فعمله المأمور يضمن قيمه عبد الآمر و ماله لأنّ الأمر ليس مجوزا و رافعا للضّمان إلّا فيما للمالك فعله فيكون المأمور وكيلا منه

الثّالثه لو عصى المستعير و لم يرسله و ردّه إلى المعير فهل يخرج عن الضّمان وجهان بل قولان و الأقوى عدم خروجه عن الضّمان فيجب عليه قيمته كما يجب عليه الفداء بلا إشكال لما ذكرنا أنه يخرج الصّيد عن ملك مالكه بمجرّد العاريه فرد الصيد إليه اصطياد جديد له فإنّ هذا الصيد من المباحات الأصليّه يصطاده من شاء و لا يمكن قياس المقام بما إذا غصب الغاصب خلّا ثم صار خمرا عنده ثم صار خلا برده فى عدم الضّمان لأنّ حق الاختصاص للمالك باق فإذا زالت صوره الخمريّه قبل الرد أو بالرد فلا يضمن الغاصب شيئا و هذا بخلاف المقام فإنّ الصيد صار من المباحات الأصليّه إذا عرفت ذلك فنقول لا يرد النّقض على القاعده أصلا فى صوره تلف الصّيد لا لما ذكره المصنف بأنّ المستقر عليه قهرا بعد العاريه هى القيمه لا العين فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التّلف بسبب وجوب الإتلاف الّذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التّلف إلى آخره لأنّه لا يعقل استقرار القيمه فى العهده قبل الإتلاف فلو لم يكن نفس أخذه إتلافا و تلف فى يده فلا موجب لاستقرار الضّمان عليه فبناء عليه لا بدّ أن يقال إنّ التّلف لا يوجب الضّمان كما عن الجواهر و من تبعه فرارا عن الإشكال بل لما ذكرنا

من أن نفس الأخذ إتلاف على المالك فالضّمان مستند إلى الإتلاف و العاريه لا توجب الضّمان فى صوره التّلف و بالجمله لو أرسله فلا إشكال فى الضّمان لعدم التنافى بين وجوب الإرسال و الضّمان فيدخل فى قاعده من أتلف و لو لم يرسله و تلف فلو لم نقل بالضّمان فلا نقض و لو قلنا به فلا محاله ضمانه مبنى على خروج الصيد عن ملك المعير بمجرّد العاريه و عاريته أيضا إتلاف لمال الغير فعلى أى حال لا نقض على عكس القاعده و من موارد النّقض على الأصل ضمان المنافع فى البيع الفاسد مع أنّها غير مضمونه فى البيع الصّحيح و المصنف قدّس سرّه أورد النّقض بالنّسبه إلى المنافع الغير المستوفاه مع أنّها محل الخلاف بين الأعلام كما سيجى ء

و على أىّ حال لا يرد النّقض مطلقا لما ذكرنا من أنّ المدار على مورد العقد و مورده فى البيع هو نفس العين و إنّما المنافع فى الصّحيح تابع للعين بحكم الشّارع و فى الفاسد حيث إنّ العين لم تنتقل إلى القابض فيضمن منافعها و من موارد النّقض عليه أيضا تلف الأوصاف فقيل فى صحيح العقد لا يقتضى ضمانها لأنّ العوض لم يجعل فى مقابل الوصف مع أنّ فى الفاسد يضمنها القابض و فيه أنّ الوصف يضمنه القابض كالشّرط فى الصحيح و الفاسد فإنّ العوض و إن لم يجعل فى مقابلهما إلّا أنهما صارا موجبين لزياده القيمه فلو تلفا بعد القبض و انفسخ العقد بموجب قهرىّ أو اختيارى فضمانهما على القابض فلو زال وصف الكتابه عند المشترى أو صار المبيع معيوبا عنده ثم استردّ الثّمن من البائع فيجب عليه ردّ قيمه الوصف فى الصّحيح و الفاسد و كذا لو شرط الخياطه فى ضمن العقد فعمل المشروط عليه بالشّرط فيجب على المشروط له أداء قيمته إذا فسخ العقد أو انفسخ فيما لو كان العقد صحيحا و هكذا يجب عليه أداء قيمته لو كان العقد فاسدا

و ممّا أورد عليه حمل المبيع فاسدا فإنّه غير مضمون فى الصّحيح مع أنّه مضمون فى البيع الفاسد و فيه أنّ محلّ الكلام تاره فيما إذا اشترط دخول الحمل فى المبيع و أخرى فيما إذا كان خارجا فعلى الأوّل يضمنه المشترى إذا قبض الحامل الّذى يقبضه يتحقّق قبض الحمل فى الصّحيح و الفاسد لأنّ الثّمن جعل بإزاء كليهما و على الثانى فلا يضمنه فى الصّحيح و الفاسد لأنه أمانه مالكيه فلا نقض مع أنّه لو قيل بالفرق فلا يرد النّقض على القاعده أيضا لأنّ محلّ البحث هو مورد العقد لا ما هو خارج عنه فيرجع فيما هو خارج عنه إلى القواعد العامّه

ففى الصحيح حيث إنّه يقع فى يد المشترى قهرا على البائع فيصير أمانه مالكيه أو شرعيه فلا ضمان و أمّا فى الفاسد فلم يتحقّق رافع الضّمان ثم لا يخفى أنّ للتّوابع أحكاما مختلفه باختلاف تبعيّتها للمبيع و خروجها عنه عرفا فمثل السمن داخل عرفا و لا يمكن انفكاكه و أما الصّوف و اللّبن فالعقد بالنّسبه إليهما لا اقتضاء و إن كان الأقوى دخولها فيه إذا لم يشترطا خروجهما عنه و أمّا الحمل فخارج عنه إلّا إذا اشترطا دخوله لأنّه كاللّبن المحلوب و الصوف المجزوز لا يدخل تحت العقد الوارد على الحيوان و كيف كان لا يرد النّقض على القاعده بالنسبه إليه لأنه إذا كان داخلا فى المبيع فمضمون على أىّ حال و إذا لم يشترطا دخوله فخارج على أىّ حال على الأقوى

قوله قدّس سرّه و يمكن النّقض أيضا بالشّركه إلى آخره

لا يخفى أنّه لم يعلم مراده قدّس سرّه من هذا النّقض لأنّه لا فرق بين الشّركه الصحيحه و الفاسده فى الضّمان و عدمه فإنّه لو قلنا

بأن أثر عقد الشّركه بعد مزج المالين هو جواز تصرّف كل واحد من الشريكين فى جميع المال فلو تلف المال

فلا ضمان فى الصّورتين لأنّ كلّا منهما أمين فى مال الآخر و لو قلنا بأنّه بعد العقد أيضا لا يجوز التصرّف إلّا بإذن كلّ منهما للآخر فبدون الإذن يضمن كل منهما مال الآخر لو تلف تحت يده من غير فرق بين العقد الصّحيح و الفاسد هذا إذا قلنا بالضّمان من جهه حرمه التصرّف و أمّا لو قلنا بأنّه لا ملازمه بينهما كما فى تصرف المتّهب فى الموهوب بالهبه الفاسده فإنّه لا يجوز مع أنّه لا يضمن فعلى أى حال لا يضمن و بالجمله المناط فى الضّمان و عدمه إنّما هو بتسليط المالک على ماله بالعوض أو مجّانا فكلّ ما تحقّق التّسليط المجّانى فلا ضمان من غير فرق بين الصحيح و الفاسد

ثم إنّه ينبغى التّنبيه على أمور الأوّل قد يتوهم أنّ مقتضى ما ذكرنا من معنى القاعده و هو أن كلّ شخص من العقود لو فرض صحيحا يضمن به يضمن مع الفساد ورود النّقض عليه بما إذا جعل أحد العوضين ما لا يصحّ الانتفاع به و ما لا يعدّ من الأموال كالحشرات فإنّ فرض صحّته يلازم المجانيّه لأنه وقع العوض بإزاء ما ليس مالا فهو بمنزله الهبه و التّسليط المجانى مع أنّه لا يمكن الالتزام بعدم ضمان البائع الثمن إذا جعل المبيع ما لا يعد مالا و عدم ضمان المشترى المبيع إذا جعل الثّمن كذلک و أمّا بناء على ما اختاره المصنف فلا يرد الإشكال لأن البيع الصحيح لما كان موجبا للضّمان فالفاسد منه كذلک و لكنّه توهّم فاسد لأنّ فرض صحّه هذا البيع معناه فرض الثمن أو المثمن مالا فإذا كان هذا معنى صحته يضمن به مع الفاسد لأنّ صحّته هنا ليس كالصحه فى بعتک بلا ثمن فإنّ ثمنه لم يجعل بإزاء المبيع شيئا بخلاف المقام فإنّه جعل العوض بإزاء المبيع ففرض صحّته معناه فرضه مالا

الثّانى لو قال بعتک بلا ثمن و آجرتک بلا أجره ففيه احتمالات أو أقوال الأوّل عدم دخولهما فى عنوان العقود أصلا لا الفاسده و لا الصّحيحه الثّانى دخول الأوّل فى عنوان البيع الفاسد و الثانى فى الإجاره الفاسده الثالث دخول الأوّل فى الهبه الصحيحه و الثانى فى العاريه الصحيحه الرّابع دخولهم فى الهبه و العاريه الفاسدتين

الخامس التّفصيل فى مسأله الإجاره بين إجاره الأموال و الأعمال فيدخل الأوّل فى الإجاره الفاسده و الثّانى فى التبرّع فيضمن فى الأوّل دون الثّانى و حكم البيع حكم القسم الأوّل فإنّه يدخل تحت قاعده ما يضمن و قبل ذكر مدرک الاحتمالات لا بأس بذكر عباره الشّرائع و ما قيل فى شرحها و أما أفاده الشّهيد و المحقّق الثّانى فى المقام قال فى الشّرائع و كلّ موضوع يبطل فيه عقد الإجاره يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعه أو بعضها سواء زادت على المسمّى أم نقصت عنه قال فى الجواهر بلا خلاف أجده فيه إلى أن قال مضافا إلى مثل ذلک بالنسبه إلى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الشّامله للمقام و إلى قاعده احترام مال المسلم و عمله

ثم قال نعم قيّده الشّهيد فى المحكى من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجره فى العقد أو عدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلک و استحسنه فى المسالک و كان وجهه أنه متبرع بالمال و العمل مجّانا ثم قال بل قد يقال بشمول القاعده للفرض بناء على إراده أشخاص العقود منها لا أصنافها و لا ريب فى عدم الضّمان لو فرض صحّه العقد المزبور فكذا لا يضمن به مع الفساد ثم قال لكن مع ذلک كله فى جامع المقاصد بعد أن حكاه أنّه صحيح فى العمل أمّا مثل سكنى الدّار الّتى يستوفيها المستأجر بنفسه فإنّ اشتراط عدم العوض إنما كان فى العقد الفاسد الّذى لا أثر لما تضمّنه من التراضى فحقّه وجوب أجره المثل و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن له

و أمّا لو كان موردا لإجاره منفعه الأجير فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهر لأنه متبرّع بالعمل و هو المباشر لإتلاف المنفعه و دفعه فى المسالک بما حاصله من أنّه يرجع فى مثل سكنى الدار إلى العاريه و إن عبّر عنها بلفظ الإجاره لأنّ التّصريح بعدم الأجره أقوى من الظّهور المستفاد من لفظ الإجاره إذا عرفت ذلک ظهر إجمالا مدرک الأقوال

و توضيح ذلک أنّ مدرک الأوّل هو أن المنشئ حيث نقض إنشاءه فكأنه لم يصدر منه عقد فتندرج المسألتان تحت قاعده اليد و مقتضاها الضمان و فيه أن تعقيب إنشائه بما يناقضه و إن جعله بلا أثر شرعىّ و عرفىّ إلّا أن أثره التكوينى و هو إنشاؤه المعامله الكذائيه لا يرتفع بذكر ما يناقضه فوقوع عقده كلا عقد شرعا أو عرفا لا يوجب عدم وقوعه خارجا غايه الأمر أنّه عقد فاسد فيدخل إمّا فى الأصل أو العكس

و أمّا مدرک الثّانى فتقريبه واضح لأنّه إنشاء ما هو صريح فى عنوان البيع و الإجاره فتعقيبه بما ينافى صحّه البيع و الإجاره يوجب الفساد ثم بناء عليه اختلفوا فى الضّمان و عدمه بما تقدم وجههما و هو إدخالهما فى الأصل أو أنّ مع فرض صحّتهما يلازم المجانيّه فيدخلان فى العكس و فيه أن حقيقه البيع تبديل مال بمال و حقيقه الإجاره تمليک المنفعه بالعوض و بمجرّد إنشاء البيع و الإجاره مع عدم جعل العوض لهما لا يكون بيعا و لا إجاره فلا بدّ من فرض كونهما فاسدين من اختلال غير ما هو داخل فى حقيقتهما

و أمّا مدرک الثّالث فهو وقوع عناوين العقود بالألفاظ المجازيه فيدخل قوله بعتک بلا ثمن فى الهبه الصحيحه و قوله آجرتک بلا أجره إمّا فى العاريه إذا كان العين الّتى تعلّق بها الإجاره من الأموال و إمّا فى التبرع فى الأعمال و فيه أنّه لو سلّمنا صحّه إنشاء العناوين بالمجازات فلا نسلّم صحّته بأمثال هذه الألفاظ التى تناقض القرينه فيها صريحا مع ذى القرينه و إلّا لم يتحقّق مصداق للعقد الفاسد رأسا إذ كلّ ما فرض فيه الفساد إمّا من جهه عدم ذكر العوض أو اشتراط ما يخالف السّنه أو نحو ذلک من الشّروط الفاسده لأمكن إدراجه فى عقد صحيح آخر و لذا من جعل عقد النكاح الدّائم مباينا مع المتعه حكم ببطلان عقد التمتّع بإخلال الأجل رأسا

و أمّا مدرک الرّابع فهو أنّ الهبه ليست إلّا التّسليط على العين مجانا و ليست العاريه أو التبرع إلّا التّسليط على المال أو إيجاد العمل مجّانا و إنّما حكم بالفساد لعدم إيجاد العنوانين بالصّيغه الخاصّه لهما و فيه أنّه لا يخطر ببال القائل بقوله بعتک بلا ثمن و القائل بقوله آجرتک بلا أجره عنوان الهبه و العاريه و مع عدم قصد هذين العنوانين كيف يحكم بأنّهما هبه أو عاريه نعم لو قيل بأن قصد هذين العنوانين لا يعتبر فى وقوعهما كذلک بل ليس حقيقه الهبه إلّا التّمليک بلا عوض و العاريه إلّا التّسليط على الأموال مجّانا صحّ هذا القول فتأمّل فيه

و أمّا منشأ التّفصيل بين البيع بلا ثمن و إجاره الدار بلا أجره و بين العمل بلا أجره أى خروج الأوّلين عن الأصل و العكس و إن دخل فى الأصل حكما أى يحكم فيهما بالضّمان و دخول العمل بلا أجره فى التبرّع فظهر وجهه ممّا نقلناه من المحقّق الثّانى و حاصله أن اشتراط عدم العوض إنّما كان فى العقد الفاسد الّذى لا أثر لما تضمّنه من التّراضى فإنشاء المجانيّه كالعدم فإذا صار العقد كالعدم لإنشائه ما يناقض البيع و الإجاره و تلف المبيع عند المشترى و استوفى المستأجر منفعه الدار فعليهما الضمان كما

هو مقتضى قاعده اليد

و الإتلاف بلا تحقّق رافع له و أمّا لو كان مورد الإجاره منفعه الأجير فلم يتحقّق يد و هو متبرّع بنفسه العمل و هو المباشر لإتلاف المنفعه فلا يستحقّ شيئا و فيه ما عرفت من أن لغويّه العقد الكذائى و كون وجوده كعدمه بالنّسبه إلى أثره الشّرعى لا يوجب أن يكون كذلك بالنسبه إلى أثره التكوينى و هو التّسليط المجانى فكما أنّ المباشر هو المقدم لإتلاف منفعته فكذلك البائع فى العين و المؤجر فى منفعه الدّار

هذا مضافا إلى أنّ المباشر فى إجاره الأموال لم يقدم على العمل إلّا بناء على الوفاء بالمعامله و لم يقدم عليه ابتداء من دون عقد و لا أمر معاملى فإذا قلنا بالضّمان فى إجاره الأموال فلا بدّ من القول به فى إجاره الأعمال فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ نظر من قال بالضّمان إمّا إلى دخولهما تحت قاعده اليد و الإتلاف و خروجهما عن عنوان العقود و إمّا إلى دخولهما فى الأصل و قال حيث إنّ صحيح البيع و الإجاره يضمن بهما فيضمن بفاسدهما و من قال بعدمه أدرجهما فى العكس فإن صحيح الهبه و العاريه و كذلك فاسدهما لا ضمان فيهما

و لكنّك خبير بأنّه يمكن إدراجهما فى العكس بما بيّناه و هو أنّ كلّ عقد لا يضمن به على فرض صحّته لا يضمن به مع فساده و شخص هذا البيع و الإجاره لو فرض صحّتهما لا ضمان فيهما فلا ضمان مع فسادهما و لا وجه لما أفاده المصنف من أن المراد من كلّ عقد هو النوع أو الصّنف لأن هذه القضيّه وضعت لبيان أشخاص العقود الّتى يفرض وقوعها فى الخارج لا النّوع أو الصّنف و من فصل بين إجاره الأعمال و بين البيع و إجاره الأموال أدخل العمل فى التبرّع و أخرجه عن الإجاره و أخرج البيع و إجاره الأموال للمناقضه عن عنوان العقد فيدخل كلّ منها تحت القواعد الكليّه

و مقتضى احترام الأموال أن يكون المتصرّف فيها و المستوفى عنها المنفعه ضامنا و أمّا الحر فحيث لم يدخل تحت اليد فهو متبرّع مع فساد الإجاره و متلف لعمل نفسه فلا يكون المستأجر ضامنا لأن عمل العامل بدون الإجاره و الأمر لا يضمنه غيره الثالث أنّه قد يتوهم نقوض أخر لم يتعرض لها المصنف لخروجها عن عنوان العقود المعاوضيّه منها النكاح الدّائم و المتعه الفاسدين فإنّ الزّوج لا يضمن المهر إذا كان جاهلا بفساد العقد و كانت الزّوجه عالمه به مع أن الصّحيح منهما يوجب الضّمان فيرد النّقض على الأصل و فيه أن مجرى القاعده فى الضّمان المعاوضى إنّما هو بالنّسبه إلى ما دخل تحت اليد لا فى الضّمان مطلقا بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضه مع أنّ عدم الضمان لدليل خارجىّ و لكونها بغيّا لا ينافى اقتضاء العقد للضّمان و لذا لو كانت جاهله بالفساد فله حقّ على الزّوج و منها بيع الغاصب مال الغير فإنّه لا يضمن الثّمن للمشترى إذا تلف عنده عند الأكثر مع أنّ صحيح البيع يوجب الضّمان و فيه أوّلا أن عقد الغاصب ليس بفاسد حتى يدخل فى المقبوض بالعقد الفاسد بل يقع موقوفا و ثانيا أنّ العقد لم يقع معه و بعنوان شخصه بل وقع مع مالك المبيع فتعهّد الغاصب بالثّمن ليس تعهدا بعنوان المعاوضه مع شخصه لأنّه تعهّد مال المشترى بمال المالك لا على كون المال فى ذمته و من وقع معه العقد حقيقه ضامن للثمن لو أجاز المعامله فلو تلف الثّمن عند الغاصب و قلنا بأنّه لا يضمن لأنّ المشترى سلّطه عليه مجانا وجب على المشترى ردّ ثمن آخر على المالك و كلّ من المالك و المشترى

يضمنان لما وصل بيدهما و بالجمله من هو طرف المعاوضه فهو ضامن للعوض و من ليس ضامنا لا يكون طرفا

و منها اشتراء الصبى و المجنون و هبتهما و عاريتهما فإن اشتراءهما نقض للأصل و هبتهما و عاريتهما نقض للعكس لأن المبيع لو تلف عندهما لا يضمنان مع أنّ صحيح البيع يوجب الضّمان و كذا يضمن المتّهب و المستعير لما وهبه أو أعاره الصّبى أو المجنون مع أنّ الصحيح من الهبه و العاريه لا يوجب الضّمان و فيه أنّ عقدهما كلا عقد و الأفعال القصديّه منهما كالعدم و محلّ الكلام فى الصّحيح و الفاسد فيما يضمن و لا يضمن هو العدم و الملكه أى محلّ البحث فيمن كان قبضه معتبرا و إنشاء الصّغير و المجنون و قبضهما كالعدم فإنّهما غير قابلين للتعهّد فعدم ضمانهما للمبيع إنّما هو لضعف مباشرتهما فيسند التّلف إلى السّبب و هو البائع و كذا ضمان المتّهب و المستعير إنّما هو لعدم أهليّتهما للهبه و الإعاره

فتحصّل ممّا ذكرنا كله أمور الأوّل أنّ هذه القاعده أسّست لموارد تمييز اليد المجّانيّه عن غيرها النّاشئه عن العقود و ما يلحق بها فعلى هذا يخرج مثل السّبق و الرمايه و نحوهما ممّا لا يدخل تحت اليد فلا نقض بمثل ذلك و يخرج اليد النّاشئه عن غير العقود و ما يلحق بها الثّانى أن معنى الضّمان هو كون الشى ء فى عهده الضّامن و الخروج من العهده يختلف باختلاف الموارد ففى الصحيح الجامع بين المسمّى و المثل أو القيمه هو المضمون لأنّه لو تلف أحد العوضين فلو لم ينفسخ العقد فمن تلف المال عنده ضامن للمسمّى و لو فسخ أو انفسخ أو أقيل فضامن للمثل أو القيمه و فى الفاسد من أوّل الأمر الضّمان يتعلّق بالمثل أو القيمه ثم إنّ الضّمان كما يتعلّق بنفس العينين فكذا يتعلّق بصفاتهما و أجزائهما و الشّروط المتضمنه معهما الثّالث أنّ مورد الأصل و العكس هو مورد العقد و مصبّه لا ما هو خارج عنه و إنّما حكم بتبعيّته له شرعا أو لتوقّف استيفاء المنفعه عليه و من هذا الأمر ظهر عدم ورود النّقض بالنّسبه إلى المنافع و لا تلف العين المستأجره و لا تلف الحمل و نحو ذلك من النّقوض المتقدّمه الرّابع أنّ موردهما هو التّسليط على العوض أو المجانيّه الّتى يتضمّنهما نفس العقد و لو بتوسّط الشّرط الّذى هو جزء للإيجاب أو القبول كما لو قال بعتك بشرط أن لا يكون ثمن و وهبتك بشرط العوض و يخرج ما هو شرط خارجىّ و التزام فى التزام

و بعباره أخرى الالتزام الابتدائى هو المدار لا الالتزام الثّانوىّ فلا نقض على الأصل بما إذا باع بثمن و شرط فى ضمن العقد أنّه لو تلف المبيع عند المشترى فخسرانه على البائع فإنّ نفس العقد لا يتضمّن المجّانيّه و لذا يأخذ الثمن و يستقر ملكه عليه لو لم يتلف المبيع الخامس أنّ المراد من القاعده بالنّسبه إلى أفراد العقود هو الأفراد الشّخصيّه بالنسبه إلى كلّ نوع لا الأنواع و لا الأصناف لأنّ هذه القاعده ناظره إلى ما يقع فى الخارج فكلّ ما يقع فى الخارج لو فرض صحّته و لا يضمن به فلا يضمن به مع الفساد فمثل بعتك بلا ثمن و نحوه لا ضمان فيه فتأمّل فى أطراف ما ذكرناه تجده حريا بالتأمّل فيه لما ظهر من مجموع الكلام أنّ معنى القاعده ينطبق على مدركها فلا إشكال فيها

[الثّانى من الأمور المتفرّعه على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد وجوب ردّه فورا]

قوله قدّس سرّه الثّانى من الأمور المتفرّعه على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد وجوب ردّه فورا إلى آخره

قد ظهر فى صدر المبحث أنّ البحث فى المقبوض بالعقد الفاسد تاره يقع فى حكمه التّكليفى و أخرى فى حكمه الوضعى و

ذكرنا أنّه بحسب الحكم

التّكليفى يحرم تصرف القابض فى المقبوض و حرمه التصرّف ملازم لوجوب الرد فورا و دعوى أنّ الإمساك ليس تصرّفا ممنوعه فإنّه و إن كان منصرفا عنه بدوا إلّا أنّ الانصراف البدوى لا عبره به و يصدق عليه التصرّف بعد صدقه على الأخذ فإذا كان الأخذ تصرّفا فبقاء المأخوذ عند الآخذ حكمه حكم نفس الأخذ لأنه باق على ما كان عليه

بل و لو سلّمنا عدم شمول التصرّف فى قوله أرواحنا له الفداء فى التّوقيع المبارك لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلّا بإذنه للإمساك فلا شبهه فى شمول قوله ص لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه له فإن تعلق الحلّ و الحرمه بالمال ليس كتعلّقهما بالغنم مثلا مخصوصا بالأكل و نحوه ممّا يناسب الحكم مثل حرمه التّزويج المتعلّقه بالأمهات فى قوله عزّ من قائل و حرّمت عليكم أمّهاتكم بل يشمل كلّ ما يعدّ فى العرف قلبا و انقلابا كالتصرف فيه و إمساكه تحت يده و أكله و بيعه و أنحاء ذلك و إنّما يخرج مثل النّظر إليه و الوقوف تحت ظلّه إذا لم يعدّا تصرّفا و إلّا يحرم هذا أيضا كالوقوف فى ظل الخيمه

و بالجمله أنّ قوله ع لا يحلّ مال امرئ عنوان عام يشمل إمساك المال أيضا و يدلّ عليه أيضا عموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى فإنّه و إن لم يكن متعرّضا للحكم التّكليفى بالدلاله المطابقيّه إلّا أنّه متعرّض له بالدلاله الالتزاميّه فإن استقرار الضّمان على عهده القابض ملازم لوجوب الرد لأنّه لا أثر لاستقرار الضّمان على العهده إلّا وجوب ردّ العين ما دامت باقيه و ردّ المثل أو القيمه لو كانت تالفه فحرمه إمساك مال الغير من غير إذنه و وجوب ردّه إليه فورا بالفوريّه العرفيه لا إشكال فيه إنّما الإشكال فى مقامنا هذا و هو المقبوض بالعقد الفاسد من جهتين

الأولى توهّم أنّ الإذن المالكيّ الّذى يتضمّنه المعامله كاف فى رفع الحرمه و لكنّه ظهر جوابه سابقا و هو أنّ الإذن الّذى يرفع حرمه التصرّف هو الإذن بتصرّف القابض فى ملك الآذن و التّسليط الّذى يقع من المالك إنما هو من باب الوفاء بالمعامله نعم لو أغمض المالك عن المعامله و أذن بالتصرّف فهو يرفع الضمان و الحرمه و لكن المفروض عدمه ثم لا فرق فى حرمه التصرّف بين علم الدّافع بالفساد و جهله به لأنّ علمه بالفساد لا ينافى البناء على المعامله تشريعا كما نرى حصوله من السارق و الغاصب و المقامر و ليس الإذن من حيث البناء على المعامله حيثيّه تعليليّه و من الدّواعى الّتى لا يوجب تخلّفها تخلف أصل الإذن لأنّ عناوين العقود مختلفه و البيع الفاسد مغاير للعاريه أو الوديعه فما بنى عليه العاقد هو البيع و لو مع علمه بالفساد لا الوديعه و إلّا لم يكن وجه لضمانه

الثّانيه توهّم أنّ حرمه التصرّف فيما يضمن بصحيحه يضمن لا يلازم حرمته فيما لا يضمن بصحيحه كالهبه أو العاريه الفاسده فإنّه كما لا ضمان فكذلك لا حرمه أيضا فإنّ رافع الضّمان هو الرّافع للحرمه لأن تسليط المالك مجّانا لو رفع الضّمان فكذلك يرفع الحرمه و التّفكيك بينهما لا وجه له و فيه ما لا يخفى من عدم الملازمه بينهما فإنّ عدم الضمان لو كان من جهه تأثير الهبه الفاسده الملكيّه للمتّهب لكان ملازما مع حليّه تصرّفه و أمّا لو كان من جهه التّسليط المجّانى الّذى لا أثر له إلّا أنّ العين لو تلفت بلا تعدّ و تفريط لا يضمنهما المتّهب فلا يوجب جواز التصرّف

و بعباره أخرى مع فرض بقاء العين فى ملك الواهب يدخل إمساك

المتّهب فی تصرف مال الغیر الّذی یحرم بمقتضی التّوقیع الشّریف و لا یحلّ و عموم علی الید نعم بناء علی خروج الید الّتی نشأت من تسلیط المالک مجانا عن العموم بالتخصص فلا یمکن التمسّک به لحرمه تصرّف المتّهب أو المستعیر فی المال الموهوب و المستعار بالهبه أو العاریه الفاسده و لکن الظّاهر شمول قوله ص ما أخذت لکل أخذ حقّا کان أو لا فإنّا و إن استظهرنا منه أنّ الأخذ منصرف إلی الأخذ القهری إلّا أن الإنصاف أنّه انصراف بدویّ فإذا عمّ لکل أخذ فعدم کونه مقتضیا للضّمان فی مورد التّسلیط المجّانی لا ینافی فی بقاء حرمته تحت العموم و هذا لا ینافی ما تقدم منّا من الملازمه بین الحرمه و الضّمان فإنّ الاستکشاف فی مقام الإثبات لا یوجب التّلازم فی مقام الثبوت فیمکن أن یکون التصرّف حراما و لا یکون التّلف موجبا للضمان

و علی أیّ حال یکفی للحرمه قوله ع لا یجوز لأحد أن یتصرف و قوله ص لا یحلّ مال امرئ لأنّه مع بقاء العین الموهوبه فی ملک الواهب و عدم تأثیر الهبه الفاسده فی تملّک المتّهب یجب ردّها إلی الواهب و بالجمله لا إشکال فی حرمه تصرف ما قبض بالعقد الفاسد و وجوب ردّه إلی مالکه فورا إنّما الکلام فی أنه مئونه الرد علی القابض مطلقا أو علی المالک کذلک أو فیه تفصیل وجوه و الأقوی هو الأخیر و حاصله أنّه لو کانت المئونه بمقدار ما یقتضیه طبعا ردّ مال الغیر فهو علی القابض و لو لم یکن کذلک بأن کانت زائده علیه فلا یجب علیه و ذلک لأنّ الحکم المجعول إذا اقتضی فی طبعه مقدارا من الضّرر فهو مخصّص لقاعده الضّرر و لا أقل من عدم حکومتها علیه

نعم لو احتاج الرد إلی المئونه الزّائده علی المتعارف بحیث صار وجوبه بدون جبرانه من المالک إجحافا علی القابض فأدلّه لا ضرر حاکمه علیه ثم لا فرق فی وجوب الرد إذا کان متوقّفا علی المئونه المتعارفه بین نقل القابض المال عن مکانه إلی بلد آخر أو لا مع وجود المالک فی بلد القبض و أمّا إذا کان المقبوض فی بلد القبض و انتقل المالک إلی مکان آخر فلا یجب نقله إلیه بل یردّه إلی وکیله أو الحاکم لعدم دلیل علی لزوم الدفع إلی شخص المالک فی هذه الصوره و یشکل الأمر لو نقله القابض من بلد القبض إلی بلد آخر و انتقل المالک أیضا إلی بلد ثالث فیحتمل أن لا یکون الرد إلی بلد القبض أو البلد الّذی انتقل إلیه المالک واجبا إلّا إذا کان فی بلد القبض خصوصیّه بأن یکون قیمته أغلی أو راغبه أزید أو نحو ذلک

و علی أیّ حال الرد إلی البلد الّذی انتقل إلیه المالک لا دلیل علیه إلّا إذا نقله القابض أیضا إلی هذا البلد فإنه مع مطالبته یجب دفعه إلیه لأنّ ماله موجود و یستحقّ المطالبه فیجب ردّه إلیه

[الثالث فی المنافع المستوفاه]

قوله قدّس سرّه الثالث أنّه لو کان للعین المبتاعه منفعه استوفاها المشتری قبل الرد کان علیه عوضها إلی آخره

و یدلّ علیه مضافا إلی عموم علی الید القواعد الکلیّه المستفاده من الشرع من قاعده الإتلاف و حرمه التصرّف فی مال الغیر الّتی تستلزم ضمانها فی المقام و منع شمول المال للمنفعه لا وجه له فإنّه أعمّ من الأعیان و المنافع لأنّه عباره عن أمر اعتباری عقلائی یبذل بإزائه المال و الظّاهر أنّه لم یخالف أحد فی المسأله إلّا ابن حمزه فی الوسیله و مستنده النبوی الخراج بالضّمان و قد تقدّم

أنّ مفـاده بمناسـبه الحكم و الموضوع هو الضّـمان الجعلى الفعلىّ الأصـلى الممضـى من الشّـارع فالقـابض فى المقـام و إن تعهّد المبيع مثلا و تقبّل

ضمانه بإزاء إخراجه إلّا أنّ هذا التعهّد كالعدم شرعا فليس منافع المبيع له

و بالجمله كما أنّ النبوىّ لا يشمل الضّمان القهرى الّذى حكم الشّارع به من دون تعهّد من الضّامن كما فى ضمان المغصوب إمّا لما استظهرناه منه من مناسبه الحكم و الموضوع و إمّا للتّخصيص كما يدلّ عليه صحيحه أبى ولاد الآتيه فكذلك لا يشمل الضّمان الجعلى الّذى لم يمضه الشّارع كما فى المقبوض بالعقد الفاسد لأنّ الشّارع إذا ألغى هذا التعهّد من الضّامن فوجوده كعدمه فإنّ الألفاظ و إن لم توضع للمعانى الصّحيحه إلّا أنّها لما كانت للمعانى الواقعيّه فلا تشمل ما كان وجوده كعدمه فإنّ الشّارع إذا أخرج هذا الفرد من الضّمان من المفهوم النّفس الأمرى و خطّأ العرف فى تطبيق المفهوم على هذا المصداق فلا وجه لأن يكون المنافع بإزاء الضّمان فلا بدّ من أن يرجع بالأخره إلى قاعده اليد و الحكم بأنّ منافع العين المغصوبه للغاصب كما أفتى به أبو حنيفه فابن حمزه قدّس سرّه فى النّتيجه موافق له فإذا فسد هذان الاحتمالان و هو تملّك الخراج فى الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد انحصر فى التعهّد المصدرى الّذى أمضاه الشّارع

و هذا أيضا يحتمل وجهين الأوّل أن يكون كلّ من تعهّد لشى ء مالكا لمنافعه و خواصّه أى مالكا لما يستخرج منه مع بقائه كمنافع الدّار و نحوها و مالكا لما يستخرج منه مع تلفه كخواصّ العقاقير و نحو ذلك و مقتضى ذلك أن يكون منافع المبيع للبائع لو اشترط ضمانه عليه بعد قبض المشترى و كذا لو أعاده بشرط الضّمان يكون منافعه ملكا للمستعير و كذا فى عاريه الذّهب و الفضّه

و الثّانى أن يكون منشأ ضمان العين و الدّاعى عليه هو تملّك المنافع فينحصر فى باب البيع و نحوه و إذا احتمل كلّ منهما تسقط الرّوايه عن الاستدلال بها فلا تكون دليلا لتملّك البائع منافع المبيع و تملك المستعير منفعه العين المعاره فى مورد شرط الضّمان بل ظاهرها هو المعنى الأخير بقرينه الباء الظّاهره إمّا فى السببيّه أو المقابله و مقتضاهما أن تكون السببيّه و المقابله من الطّرفين أى تملّك المنافع صار داعيا للضّمان و الضّمان صار سببا لكون المنافع له كما فى كلّ علّه غائيّه فإنّها داعيه لإيجاد الفعل و الفعل سبب لترتّبها عليه خارجا

و بالجمله قوله ص الخراج بالضّمان ظاهر فى أنّ التّضمين كما صار سببا لأن يكون الخراج له فكذلك لحاظ الخراج صار سببا و داعيا لأن يتعهّد المال و هذا يختصّ بضمان المشترى المبيع فإنّ المقصود الأصلى من ضمان المبيع و جعل الثّمن بإزائه هو أن ينتفع به بل مناط ماليه الأموال إنما هو لمنافعها و خواصّها و ممّا ذكرنا من أنّ الفرض الأصلى إنّما هو استفاده المنفعه و الخاصيه يظهر أن العاريه المضمونه و شرط ضمان المبيع على البائع و نحوهما خارج عن قوله ص الخراج بالضّمان

أمّا العاريه فلأنّ الضّمان ليس بإزاء المنفعه و لا الانتفاع فإنّ المعير لا يضمن المستعير فى مقابل المنفعه و الانتفاع بل ينتفع المستعير مجانا و إنّما يضمنه خوفا من تلفه و ليس المستعير ضامنا على كلّ تقدير و لذا لو لم يتلف لا ضمان عليه و هكذا فى ضمان البائع المبيع إذا تلف عند المشترى

و قاعده الخراج بالضمان ظاهرها أنّ الضّمان فعلىّ و هو يناسب باب البيع فإنّ المشترى ضامن للمبيع و البائع ضامن للثّمن فلهما

منافعهما على ما هو المرتكز من أنّ من عليه الغرم فله الغنم و هـذا المعنى يسـتفاد أيضا من قوله ع أ لا ترى أنّه لو احترقت كانت من مال المشترى

فى جواب من سأل عن منفعه المبيع فى زمان خيار المشترى أى كون المنافع له إنّما هو بإزاء تلف المبيع فى ملكه فإذا التزم بكون المبيع تالفا فى ملكه ناسب أن يكون هذا الالتزام بإزاء ما قصده من تملّك المنافع

و يدلّ عليه أيضا ما ورد فى الرهن فعن إسحاق بن عمّار قلت لأبى إبراهيم عن الرّجل يرهن الغلام أو الدّار فتصيبه الآفه على من يكون قال ع على مولاه ثم قال أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون قلت هو فى عنق العبد قال ع أ لا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال ع أ رأيت لو كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ مائتى دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال ع كذلك يكون عليه ما يكون له

و بالجمله استفاده أن من عليه الغرم فله الغنم من عده من الأخبار لا إشكال فيه و لكن بعد ما أفاده عليه السّلام فى صحيحه أبى ولاد ردا على أبى حنيفه أنّه ليس كلّ ضامن عين مالكا لمنفعتها فلا بدّ من تخصيص ما يستفاد منه العموم بمورد الضّمان المصدرىّ الّذى أمضاه الشّارع بل بالقرينه الارتكازيّه و مناسبه الحكم مع الموضوع يستفاد اختصاص قوله ص الخراج بالضّمان بضمان المبيع و الثّمن على المشترى و البائع فلا عموم له من أوّل الأمر

و على أى حال ما أفاده ابن حمزه لا دليل عليه فالأقوى هو الضمان القاعده الإتلاف و اليد و قوله ص لا يحلّ و قوله ع لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلّا بإذنه

قوله قدّس سرّه و أمّا المنفعه الفائته بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضّمان إلى آخره

لا يخفى أنّ المصنف قدّس سرّه فى ذيل هذا العنوان تاره حكم بالضّمان و أخرى بعدمه لا سيما مع علم الدافع بالفساد و ثالثه توقّف فى حكم المسأله و رابعه قوى الضمان تبعا للعلّامه حيث اختاره فى التذكره ناسبا له إلى علمائنا أجمع و السرائر لدعواه الاتّفاق عليه

فأورد عليه السيد الطّباطبائى قدّس سرّه فى الحاشيه بأنّه لو فرضنا عدم تماميّه الأدلّه الدالّه على الضّمان فلا وجه للقول به اعتمادا على هذين الإجماعين المنقولين و لكنّه لا يخفى أنّ اختياره الضّمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنّه قدّس سرّه منكر لحجيته فى الأصول بل اعتمد على نقل الإجماع من جهه كشف اتّفاق الأعلام على شمول قاعده اليد و الاحترام للمنافع و كيف كان الكلام فى المنفعه الفائته تحت اليد يقع فى مقامين الأوّل فى إثبات مقتضى الضّمان و عدمه و الثّانى فى تحقّق رافعه و عدمه

أمّا ثبوت المقتضى فيكفى له عموم على اليد ما أخذت و المنع عن صدق الأخذ بالنّسبه إلى المنافع لا وجه له لأن أخذها هو قبضها و قبضه يتحقّق بقبض العين فهى مأخوذه بتبع أخذ العين و ليس الأخذ بمعنى القبض باليد بل بمعنى الاستيلاء و التّفكيك بين الأخذ و القبض لا وجه له نعم قد يكفى التخليه فى القبض و لكن لا بمعنى أنّها قبض حقيقه بل بمعنى أنّها هو حكما و على فرض كونها قبضا فهى أخذ أيضا

و أمّا الرافع فتاره يتكلّم مطلقا و أخرى فى مورد العلم بالفساد أمّا تحقّقه مطلقا فمدركه ما لا يضمن بصحيحه و فيه أنّ القاعده

أصـلا و عكسـا تجرى فى مصبّ العقـد و المنافع خارجه عنه فيرجع فيها إلى القواعـد الأخرى و كونها تابعه لملك العين إنّما هو لحكم شـرعيّ تابع لصحه العقد لا ممّا أقدم عليه العاقد بالمجانيّه و إلّا لاقتضى عدم الضّمان فى مورد الاستيفاء أيضا لأنّ التّسليط المجانى كما يرفع الضّمان الناشى عن اليد كذلك يرفع الضّمان النّاشى عن الإتلاف

و أمّا تحقّقه فى مورد العلم بالفساد فتقريبه أنّ البائع حيث يعلم بفساد البيع فهو المقدم على استيلاء المشترى على المنافع مجانا و فيه أوّلا أنّه يلزم عدم الضّمان فى المستوفاه أيضا و ثانيا قد تقدّم

أنّ العلم بالفساد لا ينافى البناء على الصّحه تشريعا و التّسليط الرافع للضّمان هو التّسليط على مال نفس الآذن لا التّسليم وفاء بالمعامله و ثالثا أنّه لا نظر للمسلّط فى المقام إلى المنافع لأنّه لو كان متعلّق العقد هو المنفعه بحيث كان الاستيلاء على العين من قبل المالك مقدّميا لكان للبحث عن أنّه سلّطه على المنافع مجّانا مجال فإنّ التّسليط على المنافع لو كان على وجه التعويض فهو إجاره و لو كان على وجه المجّانيّه فهو عاريه

و أمّا لو كان العين ملحوظا استقلاليّا لا مقدّميّا كما فى محلّ البحث فلا مجال للبحث فى تحقّق الضّمان و عدمه لأنّه لو تحقّق التّضمين فهو بيع و إلّا فهبه فالتسليط على المنافع لا موضوع له فى المقام حتى يبحث عن أنّه مع العوض أو مجّانى فالحقّ هو الضّمان مطلقا

و على أىّ حال لا ينبغى عدّ الأقوال فى المسأله خمسه فإنّ التوقف فى الحكم مطلقا أو مع العلم بالفساد ليس قولا

[الرابع إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله]

قوله قدّس سرّه الرابع إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله إلى آخره

لا إشكال فى أنّ جميع ما يتعلق به الضّمان الّذى منه المقبوض بالعقد الفاسد إذا تلف فإن كان مثليا وجب على الضّامن مثله و إن كان قيميّا يجب عليه قيمته إلّا فى المضمون بالعقد الصّحيح فإن ضمانه بالمسمّى على تفصيل تقدم إنّما الإشكال فى أن دليل الضّمان بالمثل فى المثلى و القيمه فى القيمىّ هل هو الإجماع أو أدله نفس الضّمانات من قاعده اليد و غيرها أو الآيه الشريفه و هى قوله تعالى فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ

فنقول أمّا الإجماع فالظّاهر أنّ مدرك المجمعين هو أدلّه الضمانات و لا يكشف عن قول المعصوم و لا عن دليل معتبر سواها مع أنّه لمن ينعقد على مفهوم مبيّن حتى يكون النّزاع فى مقام الشكّ فى أنّ الضّمان بالمثل أو القيمه فى الصّغرى و فى تطبيق المفهوم المبيّن على المشكوك بل انعقد على مفهوم مجمل و أمّا الآيه الشريفه فاستفاده المعتدى به منها فى غايه الإشكال فإنّ الظّاهر كونها ناظره إلى اعتبار المماثله فى مقدار الاعتداء فالعمده نفس أدلّه الضّمانات و هى إن لم تكن متكفّله بالدلاله المطابقيه لكيفيّه الضّمان إلّا أنّها تدلّ عليها بدلاله الالتزام فإنّ ظاهر قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدّى بعد استفاده الضّمان منه لو تلف المأخوذ أن أداء المأخوذ إنّما هو بما يعدّ أداء له عرفا و عاده و لا شبهه أنّ المرتكز فى الأذهان أنّ أداء المثلى بالمثل و القيمى بالقيمه فإنّ الضّامن لو أدّاهما فكأنه لم يتلف من المضمون له شيئا من أمواله و يصدق أنّه هو الّذى أخذ منه

و بالجمله مقتضى النّبوى أنّ كلّ ما أدخل تحت اليد يجب على الضّامن من ردّه فما دام العين موجوده تدخل بخصوصيّاتها النوعيّه و الشخصيّه و الماليّه تحت الضّمان و إذا تلفت لا بدّ من ردّ عوضها و يعتبر فى وجوب ردّ عوضها شروط ثلاثه الأوّل أن يكون التالف مما يتموّل عرفا و شرعا فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردّهما حين بقائهما لجهه حق الاختصاص الثّابت لمن أخذ منه إلّا أنّه بعد تلفهما لا يتعلّق بهما ضمان الثّانى أن يتعلّق الضّمان بما يمكن عقلا و عاده الخروج عن عهدته أى فى مقام

الأداء لا بدّ أن يكون ما يؤدّيه تحت قدره الضّامن عقلا و عاده فالخصوصيّه العينيّه ساقطه حين الأداء و هكذا الخصوصيّه النّوعيّه إذا لم تكن مبذوله فلو لم يجد مثل التّالف إلّا عند من لا يبيعه إلّا بثمن كثير فى العاده أو عنده من يحتاج الشراء منه إلى مصرف كثير فلا يجب ردّه

الثّالث أن يكون البدل هو المبدل عرفا و عاده بحيث يقال بعد أدائه أنّ التالف كأن لم يتلف و على هذا

ففى المثلى المثل هو المتعيّن و فى القيمىّ القيمه لأنّ بردهما كان لم يتلف من المضـمون له شيئا و أمّا كون المدار على الأقرب إلى التـالف فلا وجه له لأنّه مضافا إلى عـدم ميزان مضـبوطه له لا دليل على اعتباره إلّا أن يكون المقصود كون المثل أقرب إلى التّالف مطلقا حتّى فى القيمى

و على أىّ حـال مقتضـى الشّـرط الثّانى الخصوصـيّه العينيّه لا يمكن أن تـدخل تحت ضـمان الضّامن و إلّا يقتضـى تلفها سـقوط الضّمان فإذا لم تكن بخصوصيتها تحت عهده الضامن إلّا عند وجودها فلا محاله متعلّق الضّمان هو ما يعد أنه هو و هو فى المثلى المثل و فى القيمى القيمه إلّا على ما سيجى ء من أنّ الأصل هو الضّمان بالمثل مطلقا إلّا إذا قام الإجماع على كونه بالقيمه فتدبّر جيّدا

ثم لا- يخفى أنّ التعـاريف المـذكوره للمثلى و القيمى كلّهـا تقريبيّه و لم نظفر على تعريف جـامع مـانع كمـا يظهر بالتأمّل فيها و الأ-جود منها ما يستفاد من تعريف المصـنف قـدّس سرّه بأنّ المثلى ما لا يتفاوت أفراد نوعه أو صـنفه و لا يتميّز كل فرد منه من الآخر بحيث لو امتزج الفردان منه كمنين من الحنطه الخاصّه الكـذائيه من مالكين حصل الشـركه القهريه بل لا يبعد أن يقال كلّ ما صحّ السـلم فيه فهو مثلى و القيمى ما يتفاوت صنفا و لا يشترك فرد مع فرد آخر فى جميع الصّفات و لا يصحّ السّلم فيه بحيث يتضمن المسلم فيه ثم المتيقّن من المثلى بحيث لم يكن للضّامن إلزام المالك بالقيمه ما كان له قيود أربعه

الأـوّل أن يكون تسـاوى الصّـِفات و الآثـار بحسب الخلقه الإـلهيّه كالحبوبات و أمّا ما كان متساويا بحسب الصّـِناعه البشـريّه فهو محلّ خلاـف فبعضـهم عـدّ المسـكوكات قيميّـا و لعلّ وجهه أنّ الماده و الهيئه وجـدتا بوجود واحـد فى المماثل بحسب الخلقه الإلهيّه و كلاهما ملك لشـخص واحد بخلاف المماثل فى الصّـِنيع بالمكائن فإنّ المسـكوكات و كذلك الأقمشه المصـنوعه فى هـذه الأـزمنه و إن لم يكن تفـاوت بين أفرادهـا أصـلا إلّا أنّه يمكن أن يكون مادّته من شـخص و صوغه أو نسـجه من آخر فإذا تلف جنكل الزّهور أو اللّيره فرد طاقه جنكل أخرى أو ليره أخرى لا وجه له لأنّ القطن أو الذّهب من شـخص و النّسج أو الصّوغ من آخر و هـذا و إن لم يكن وجهـا لكون اللّيره و نحوها قيميّا لأن على الضّامن ردّ ليره أخرى و تصـير بين مالك الماده و الهيئه شركه كمـا كـانت بينهمـا بالنسـبه إلى التّـالف إلّـا أنّه على أى حال ليس المتساوى فى الصّـِفات بحسب الجعل الخلقى و الصّـِنع العرضىّ مثليا على جميع الأقوال فالمتيقّن هو المتساوى بحسب الخلقه الأصليّه بل مقتضى ما سيجى ء فى تعذّر المثل من أنّ صفه المثليّه لاـ تسـقط بالإسـقاط أن يكون المثلى بالصّـِنع و العمل قيميا لأنّه لا إشـكال فى أنّ العمل الّـذى به صار الشّـى ء مثليا قابل للإسقاط فيكشف ذلك عن أنّ مثل هذه الأشياء مركّبه من أمرين المادّه و العمل و نفس الماده يمكن أن تكون مثليّه أو قيميّه و العمـل يمكن أن يكون من صـاحب المـادّه و أن يكون من غيره سواء كـان هو القابض أم غيره فإذا اشترك القابض و المقبوض منه فى اللّيره مثلا قبل العقد و القبض ثم قبضت بالعقد الفاسد فلا محاله يلاحظ ضـمان ما أخذه الضّامن و لا معنى لتعلّق الضّمان بالمثل مطلقا

الثـانى أن لاـ يتغيّر بالبقـاء أو بتـأثير من الهواء كالخضـرويّات و الفواكه و كلّ ما يفسـد من يومه فإنّه أيضا محلّ خلاف فى كونه مثليا أو قيميّا فقـد حكى عن الشّيخ فى المبسوط كون الرطب و العنب قيميّا و حكى المصـنف عن بعض من قارب عصـره أنّهما مثليّان فالمتيقّن من المثلى بحيث لا يكون فيه اختلاف غير هذا

الثّالث أن يكون مماثله كثيرا مبذولا لما ظهر أن ما لا يمكن ردّه عاده لا يمكن أن يستقرّ فى عهده الضّامن فمجرّد صدق المثلى عليه لغه لا يوجب أن يكون الضّامن ضامنا لمثله الرّابع أن يكون تماثل الصّفات موجبا لتماثل القيمه و تقاربها و أمّا لو كان شى ء مماثلا لشى ء آخر فى جميع الصّفات و الآثار و لكنّهما متفاوتان فى القيمه جدّا فهذا ليس مثلا لذاك

و على هذا فالمتيقّن من المثلى الحبوبات و لكنّه لا بحسب الجنس و النّوع بل بحسب الصّنف كما أنّ المتيقّن من القيمى الحيوانات و ما قيل أنّ الجوارى و العبيد يمكن أن تكونا مثليّه لا وجه له لأنّه على فرض أن تكون جاريه متقارب الصّفه مع جاريه أخرى إلّا أنّ المدار فى المثلى على التّساوى فى الصّفه لا التّقارب مع أنّ مقتضى الحكمه الإلهيّه أن لا يكون حيوان مماثلا لحيوان و لا متقاربا معه بحيث يعدّ أنه هو لما يلزم فيه من المحاذير الكثيره كما لا يخفى كما أنّ عدّ أصول المعادن من المثلى لا وجه له فإنّ الحديد و النّحاس و نحوهما و إن كانت مثليّه ظاهرا إلّا أنّ التّفاوت بين أصنافها فى اللّين و الخشونه و نحوهما يلحقه بالقيمى ثم إنّه لو شكّ فى كون الشى ء مثليّا أو قيميا فهل الأصل هو الضّمان بالمثل أو القيمه أو تخيير الضّامن لأصاله براءه ذمّته عمّا زاد على ما يختاره أو تخيير المالك لأصاله اشتغال ذمّه الضّامن أو الرّجوع إلى القرعه أو الصّلح القهرىّ وجوه مبتيّه على دلاله على اليد على كيفيّه الضّمان أو أنّ المقام من دوران الأمر بين المتباينين أو الأقل و الأكثر

ثم على الأخير هل الدّوران بينهما فى مقام الاشتغال و أصل ثبوت التّكليف حتى يكون المرجع هو البراءه أو مقام الخروج عن العهده حتّى يكون المرجع هو الاحتياط قد يقال إنّ قوله ص على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى يدلّ على الضمان بالمثل مطلقا خرج منه ما كان قيميّا إجماعا و بقى الباقى فإنّ الظّاهر أنّ ما يستقرّ فى الذّمه بمقتضى الظّرف المستقرّ هو نفس المأخوذ بجميع خصوصيّاته العينيّه و النّوعيه و الماليّه فإذا تلف و لم يمكن أداء نفسه بنفسه بقيت خصوصيّه النّوعيّه و الماليّه

و قد يقال بحذف المضاف و التّقدير على اليد خساره ما أخذت و دركه و غرامته لأنّه لا وجه لتعلّق الضّمان بنفس العين فإنّها ما دامت موجوده لا يتعلّق بها إلّا الحكم التّكليفى و هو وجوب ردّها فالحكم الوضعى و هو استقرارها على العهده إنّما هو عند تلفها فمعنى على اليد أنّه لو تلف المأخوذ فخسارته على الآخذ و هو لا يقتضى إلّا قيمه الشى ء بل لو لم نقل بحذف المضاف أيضا نقول بأنّه لا وجه لدخول الصّفات النّوعيّه و الصّنفيه تحت الضّمان حتى يقتضى كون الأصل فى المضمون هو المثليّه لأنّ الصّفه لو لم توجب تفاوتا فى الماليّه فهى تابعه للعين و مجرّد اقتضائه تفاوت و الرّغبات لا أثر لها فإذا كانت تابعه للعين فكما تسقط شخصى العين عن الذمّه بتلفها فكذا صفاتها النّوعيّه الغير الموجبه للتّفاوت فى الماليه

و بالجمله لا يستقرّ على العهده إلّا ضمان ما يوجب تفاوت القيمه و المثل ليس قيمه مساويا لقيمه التالف عند التّلف دائما أو غالبا حتى يتعلّق بالذمّه و كونه أقرب إلى التّالف لا كبرى له لأنّه لا عبره بالأقربيّه و لكن الحقّ أنّ قاعده اليد غير متعرّضه لبيان أنّ المضمون هو المثل مطلقا إلّا ما خرج بالإجماع و لا أنّه هو القيمه لأنّه يمكن استفاده المثليّه و القيميّه كليهما على كلّ من صورتى تقدير المضاف و عدمه فإنّه لو قيل إنّ التقدير هو خساره ما أخذت على اليد أمكن أن يقال إنّ الخساره التى هى بمعنى الغرامه و الدّرك هى فى كلّ شى ء بحسبه ففى القيمى هو القيمه و فى المثلى هو المثل و لو قيل إن نفس

ما أخذت على العهده أمكن أن يقال إنّ هذا المعنى لا يقتضى أن يكون الأصل هو المثل و هو فى الذمّه لأنّه ليس استقرار المأخوذ فى العهده إلّا عباره عن استقرار شخص العين و أما صفاتها الموجوده فيها و كذلك ماليتها فليست فى عرض شخص العين ممّا يتعلّق به الضّمان بحيث إذا تلفت العينيّه بقت الصّفه و الماليّه و بالجمله لا تدلّ قاعده اليد إلّا على لزوم أداء المأخوذ وضعا و تكليفا و إذا تلف فكلّ ما صدق أنه أداء له هو الّذى يتعلّق به الضّمان و هو يختلف باختلاف المثلى و القيمى ففى مورد الشكّ فى كون الشّى ء مثليّا و قيميّا فالأصل اللّفظى لم يقم على كون الشى ء مثليا إلّا ما خرج و لا على كونه قيميا إلّا ما خرج فلا بدّ من الرّجوع إلى الأصول العمليّه و لا شبهه أنّه لو قلنا بأنّ القيميّ و المثلى من المتباينين فالأصل هو تخيير الضّامن لأنّه يعلم إجمالا باشتغال ذمّته بواحد من المثل أو القيمه

و بعد ما قام الإجماع على عدم وجوب الموافقه القطعيّه فى الماليات انتهى الأمر إلى الموافقه الاحتماليّه و هى تحصل بأداء كلّ ما أراد و اشتغال ذمّته بإحدى الخصوصيّتين الّتى اختارها المالك غير معلوم فالأصل هو البراءه و لو قلنا بأنّهما من الأقلّ و الأكثر بتقريب أنّ القيمه ليست لها خصوصيّه وجوديّه مثل المثلى بل هى عباره عن الماليّه المشتركه بين كون العين مثليّه و قيميّه فالمقام من دوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر فى مقام الاشتغال و أصل تعلّق الخصوصيّه فى الذمّه و المرجع هو البراءه فعلى كلا التّقديرين التّخيير للضّامن

هذا بناء على ما ذهب إليه المشهور من أن مقتضى الضّمان المستفاد من الآيه الشّريفه فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ و مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت هو المثليّه فى المثلى و القيميّه فى القيمى و هكذا مقتضى الإجماع المدعى فى المقام

و لو منعنا عن ذلك و قلنا إنّ مقتضى الآيه و النبوى هو اعتبار المماثله فى جميع الخصوصيّات و الأقرب إلى التّالف هو المثل مطلقا و الإجماع على ضمان القيمى بالقيمه على تقدير تحقّقه لا يجدى بالنّسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميّا لأنّ المقام من دوران المخصّص المنفصل بين الأقل و الأكثر فالمرجع عند الشكّ هو عموم العام كما سلك هذا المسلك المصنف قدّس سرّه أو قلنا بأنّ الآيه و النّبوىّ مجملان و لكن مقتضى الاستصحاب هو تعلّق الخصوصيّه الصنفيّه و نشكّ فى مقام الفراغ بكفايه القيمه فالأصل هو تخيير المالك مطلقا قلنا بأنّ القيمى و المثلى متباينان كما هو الحقّ فإنّ النّسبه بينهما نسبه الدّراهم و الدّينار مع العروض أو قلنا بأنّهما من قبيل الأقل و الأكثر

و توضيح ذلك فى ضمن أمور الأوّل أنّ المشهور جواز المصالحه على التّالف و لو كان قيميّا بأىّ مقدار من الذهب و الفضّه و لو كان مجرّد تلف القيمى موجبا لانتقاله إلى القيمه للزم الرّبا فيما إذا كان الذّهب أزيد أو أقلّ وزنا من القيمه الثّانى عدم اعتبار تعلّق الضّمان بما يمكن أن يخرج عن عهدته عاده بل يمكن أن يتعلّق فى الذمه ما لا يمكن أداؤه فعلا غايه الأمر أنه يسقط الخطاب التكليفىّ بوجوب الأداء و أمّا الوضعىّ فيمكن أن يكون فى الذمّه ما لا يقدر على أدائه كما فى المثلى المتعذّر أداؤه و كما فى العين إذا غصبت أو أغرقت فإنّ وجوب ردّ المثل و العين فى الصّورتين ساقط لأنّ الخطاب بغير المقدور قبيح و أمّا بقاؤهما فى ذمّه الضّامن فلا مانع منه

و بعباره واضـحه مقتضـى على اليـد ما أخـذت حتى تؤدّى أن يسـتقرّ فى عهـده الضّامن نفس العين ما دامت موجوده فإنّ أداءها بأداء

الخصوصيّه العينيّه و أمّا إذا تلفت فلا يمكن أن يكون شخص العين فى العهده لا وضعا و لا تكليفا أمّا تكليفا فواضح و أما وضعا فلأن الذمّه و إن كانت وسيعه إلّا أن ما يدخل فيها هو الكليّات دون الأشخاص فإنّ الاعتبار العرفى لا يساعد على دخول ما يستحيل أداؤه أبدا فى الذمّه بل مقتضى كون شخص العين بشخصيّتها فى الذمّه سقوط الضّمان فلا محاله عند التّلف ليس خصوص العين فى الذمّه إلّا أن سقوط شخصيّه العين لا يقتضى أن يكون الماليّه المتقدّره بقيمه خاصّه فى الذمّه بل يمكن أن يكون غير شخص العين من سائر الصّفات فى ذمّه الضّامن و مجرّد عدم وجودها هذه الصّفات فعلا و لا يقتضى سقوطها و الانتقال إلى القيمه غايه الأمر حين مطالبه المالك تقوم الخصوصيّه أيضا و فى مقام الوفاء يؤدى إمّا من الجنس أو من غير الجنس بل لو لم نقل بأنّ شخص الجاريه الّتى تلفت مثلا عند القابض فى ذمّته إلّا أنّ تقديرها بمجرّد التّلف بالقيمه لا وجه له بل تبقى فى ذمّته غير متقدّره بمقدار من القيمه

و بعباره أخرى تتعلّق بالذمّه ماليّه المال غير متقدّره بالقيمه و ماليّه الشّى ء الّتى يبذل بإزائها المال هى فى الجاريه عباره عمّا يخدم المالك و فى الحنطه عباره عما يشبعه و فى الثّوب عمّا يستره و نحو ذلك و هى قابله لأن يتعلّق بها الضّمان و تكون هى فى الذمّه نعم لو طالب المالك يقوّم بقيمه يوم المطالبه و تدفع بدلا عمّا فى الذمه

الثّالث أنّ قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدّى و إن كان يقتضى استقرار المثل فى الذمّه فى المثلى و القيمه فى القيمى على ما هو المرتكز فى الذّهن إلّا أنّ القيمى و المثلى حيث إنّهما محملان و الشكّ فى كون الشّى ء مثليا أو قيميا من الشّبهه المفهوميّه فلا بدّ من الرّجوع إلى الأصل العملى و الاستصحاب يقتضى كون التّخيير للمالك و ذلك لأنّ القابض بعد أن وضع يده على المال جاء فى عهدته جميع ماله دخل فى ماليّه الشى ء تبعا لضمان العين غايه الأمر سقطت الخصوصيّه الشخصيّه و أمّا وصفه فلم يعلم سقوطه بالتّلف إلّا إذا أحرز كونه قيميّا بناء على ثبوت الإجماع على كون القيمى مضمونا بالقيمه فيستصحب اشتغال الذمّه

و بالجمله الأصل هو المثليّه إمّا للاستصحاب أو لما أفاده المصنف من أنه مقتضى الأدلّه الاجتهاديّه خرج منه ما علم أنّه قيمى بل بالتأمّل فيما ذكرنا ظهر أنّ فى القيمى أيضا نفس المال هو بنفسه فى الذمه و يقوّم يوم المطالبه و سيجى ء فى الأقوال فى القيميّات ما يوضح ذلك و على أىّ حال لا تصل النّوبه إلى القرعه لأنّها جاريه فى خصوص الشّبهات الموضوعيّه فى بعض الموارد و لا إلى الصّلح القهرىّ لأنّ مورده ما إذا لم يمكن فصل الخصومه بغيره

[الخامس ذكر فى القواعد أنّه لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل]

قوله قدّس سرّه الخامس ذكر فى القواعد أنّه لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشّراء تردّد إلى آخره

لا يخفى أن مقصود العلّامه ليس من وجود المثل بأكثر من ثمنه وجوده كذلك بحسب القيمه السّوقيّه بل وجوده غير مبذول و عند من لا يبيعه إلّا بثمن غال و على هذا فوجوب شراء المثل فى غايه الإشكال بل لا وجه له لما عرفت أنّ الشّى ء إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمىّ و هذا من غير فرق بين التعذّر الطارى أو البدوى أى الّذى أوجب كون الشّى ء قيميّا من أوّل الأمر

هو الّذى أوجب سقوط المثل عن الذمّه ما دام التعذّر فكون العين مثليا من أوّل الأمر لا يوجب أن يجب شراء مثله و لو ببذل مال كثير بل يسقط بالتعذّر

و بالجمله وجوده عنده من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته فى حكم التعذّر و مقتضى قاعده الضّرر عدم وجوب شرائه على الضّامن و أما لو كان كثيرا مبذولا و لكن زادت قيمته السوقيّه فيجب شراؤه و هذا الضّرر الوارد عليه لا يكون

داخلا فی قاعده لا ضرر فإنّه یعتبر فی دخول الضّرر فی الضّرر المنفی أن لا یکون طبع الحکم مقتضیا للضّرر فإن ترقی القیمه و تنزّلها علی مساوق واحد و کل واحد منهما یقتضی ضررا علی شخص فکما أنّه لو تنزّل قیمه المثل لیس للمالک مطالبه قیمه التالف أو قیمه المثل قبل تنزّل قیمته فکذلک لو ترقّی القیمه لیس للضّامن إلزام المالک لقیمه المثل قبل الترقّی

و حاصل الکلام أن المثلی لا ینتقل قیمیّا بزیاده قیمته أو تنزّله نعم لو سقط عن المالیّه کالماء علی الشّاطئ و الثلج فی الشّتاء فکون المالک ملزما بقبول المثل مع أنه دفع إلی الضّامن الماء فی المفازه و الثلج فی الصّیف ففی غایه الإشکال فإنّ مقتضی کون الشّی ء مثلیا أن لا یجب إلّا ردّ مثله سقط عن المالیّه أم لا و مقتضی کون الزمان و المکان دخیلا فی مالیّه المال أن یکون خصوصیّه الزّمان و المکان فی عهده الضّامن إلّا أن یقال یرجع خصوصیّه الزّمان و المکان بالأخره إلی القیمه السّوقیه لأن تنزّل القیمه و ترقّیها ینشئان عن کثره الوجود و قلّه الطّالب و عن عزّته و کثره الطالب فإنّ الثلج فی مفازه الحجاز لو لم یکن له طالب أو کان کثیرا یکون رخیصا و لو کان فی الشّتاء قلیل الوجود کثیر الطّالب یکون غالیا

ثم لو قلنا بضمان خصوصیّه الزّمان و المکان فیتحقّق موضوع لنزاع آخر و هو أنّه هل المدار فی الضّمان قیمه الماء فی المفازه أو قیمته قبیل سقوطه عن المالیّه و سیجی ء ما هو الحقّ قوله قدّس سرّه

[السّادس لو تعذّر المثل فی المثلی فمقتضی القاعده وجوب دفع القیمه مع مطالبه المالک]

السّادس لو تعذّر المثل فی المثلی فمقتضی القاعده وجوب دفع القیمه مع مطالبه المالک إلی آخره

تنقیح المقام یستدعی رسم أمور الأوّل فی بیان میزان التعذّر فنقول قد أشرنا آنفا أنّ الّذی یوجب فی ضمان العین عند تلفها استقرار القیمه فی الذمّه لا المثل هو المیزان للتعذّر الطّاری للمثل

و بعباره أخری عدم وجود المماثل للعین بحسب الخلقه الإلهیّه أو مطلقا المقتضی لاستقرار قیمه العین فی الذمه عند تلفها هو الموجب لصدق تعذّر المثل و لاستقرار القیمه عند تعذّر مثلها بناء علی الانقلاب فالقیمی هو الّذی لا یوجد مثله أصلا کالحیوانات أو یوجد و لکن کان عزیز الوجود غیر مبذول بحیث صار عزه وجوده باعثا لأن یعدّ مثله عدیم المثل لأن ما لا یمکن أداؤه و لو عاده لا یمکن أن یجب ردّه إلی المالک فإذا تعذّر المثل بهذا المقدار فهو میزان للتعذّر فی المقام فالّذی یوجد فی البلاد النائیه أو عند ملک من المملوک لا یعدّ مثلا له فمیزان التعذّر فی المقام هو التعذّر فی باب القرض و السّلم و علی هذا فلا یجب عند إعوازه فی البلد و ما حوله مما ینتقل منه إلیه عاده تحصیله من الأماکن الّتی لم تجر العاده بنقل ما فیها من الحبوب و الأدهان إلیه کما أنّه لو کان لنفس العین مثل فی غایه العزّه أو فی بلاد بعیده لم نقل بوجوب ردّ مثلها عند تلفها

نعم لو شکّ فی التعذّر إمّا للشکّ فی وجوب المثل بعد ما کان موجودا أو للشکّ فی إلحاق هذا المقدار من العزه بالقیمی مع وجود المثل ابتداء فمقتضی الاستصحاب بقاء المثل فی الذمه بلا إشکال و هذا بخلاف الشک فی باب ضمان العین فی أنّه مثلی أو قیمی فإنّه لا أصل یعین کون الذمّه مشغوله بالمثل کما أنّه مع العلم بکون العین مثلیه لو تعذّر مثلها ابتداء و شکّ فی أنّ هذا

التعـذّر يوجب أن يكون المثل قيميا أم لا فلا أصل الثّانى هل التعذّر موجب لانقلاب المثل أو العين إلى القيمه أو يبقى فى الذمّه إلى حين مطالبه المالك أو إلى ردّ الضّامن وجهان و الأقوى عـدم الانقلاب فإنّ مجرّد عدم وجود المثل لا يوجب أن ينتقل إلى القيمه و الحكم كذلك فى باب السّلم

و القرض فليس للضّامن من إلزام المالك بأخذ القيمه

و لا يقال ما لا يمكن أداؤه لا يمكن أن يثبت فى الذمّه و لذا يسقط الخصوصيّه العينيه بتلف العين و ينتقل ما فى الذمّه إلى المثل أو القيمه لأنا نقول فرق بين تلف العين و إعواز المثل من جهتين

الأولى أنّ الخصوصيّه العينيّه لا يمكن أن تدخل فى الذمّه بل الصّفات و الكليّات قابله لأن تدخل فى الذمّه نعم الشخص يدخل تحت العهده بمعنى أنّه ما دام موجودا فعلى الضّامن ردّه فدليل اليد يقتضى ضمان الجامع بين العين و البدل فإنّ أداء المضمون إنّما هو بأداء الأعمّ من أداء شخصه و بدله فسقوط العين عن الذمّه تكليفا و وضعا لا يقتضى سقوط المثل فى المثلى المتعذّر مثله كذلك فإن الصّفات كالكلى قابله لأن تبقى فى ذمّه الضّامن

و الثّانيه أن حكم تعذّر المثل حكم تعذّر العين لا حكم تلفها فإنّه لو تعذر العين لا ينتقل فى العهده إلى القيمه بل تبقى نفس العين فى العهده و إنّما يجب على الضّامن بدل الحيلوله عند مطالبه المالك

ففى المقام أيضا لا وجه لسقوط ضمان المثل غايه الأمر أنّه يقع نزاع آخر و هو أنّه هل للمالك المطالبه بالقيمه بإلقاء خصوصيّه المثليّه أم لا وجهان و الأقوى جواز إلقاء الخصوصيّه لأن الحقّ للمالك و صبره إلى وجود المثل ضرر عليه بل له الاكتفاء بالقيمه أيضا و إن لم يكن ضررا عليه فإنّ ماليّه ماله و قيمه ملكه ممّا يمكنه المطالبه من الضّامن فإذا اكتفى بالقيمه بدل ماله فليس للضّامن من الامتناع منه

ثمّ إنّه لا فرق بين التعذّر الطارى للمثل و التعذّر الابتدائى سواء قلنا بالانقلاب أم لم نقل كما هو الأقوى فإنّ ظاهر عنوان التّذكره فى قوله لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز و إن كان اختصاص النّزاع بالتعذّر الطارى بل هو صريح جامع المقاصد لأنّه قال لو تعذّر المثل ابتداء يتعين حينئذ قيمه يوم التّلف إلّا أنّ الأقوى عدم الفرق بينهما فإنّ غايه ما يتوهم من الفرق أنّ التعذّر البدوى بمنزله كون العين قيميّه و لكنّه فاسد فإنّ القيمى ما لا يوجد له مثل فى الصّفات كالحيوانات و الفيروزج و العقيق و نحو ذلك لا ما كان فى جنسه مثليا و لم يوجد مثله من باب الاتّفاق فى عصر من الأعصار مع وجوده قبل ذلك و بعده فمن التزم بأنّ التعذّر الطارى لا يوجب الانقلاب فيجب أن يلتزم بأنّ التعذّر الابتدائى أيضا كذلك

و بعباره أخرى كما أنّ استدامه وجود المثل ليس شرطا لتعلّق الضمان بالمثل بل يمكن بقاء المثل فى الذمّه مع إعوازه فكذلك التمكّن منه ليس شرطا لحدوثه نعم بين التعذّر البدوى و الطارى فرق من جهه أخرى و هى أنّ التعذّر البدوى قد يوجب الشكّ فى أنّ العين مثلىّ أو قيمى و لكن هذا الشكّ مندفع بملاحظه وجود المماثل للعين قبل ذلك أو بعده و كيف كان العين إذا كانت مثليّه لا تنتقل إلى القيمه بمجرّد تعذّر مثلها سواء تعذّر حين تلف العين أو بعده

ثم لا فرق فى التعذّر بين أن يكون خارجيا أو شرعيا كما لو فرض أنّ جميع مماثل العين صار نجسا و لا يمكن تطهيره كالدهن أو الخلّ صار خمرا و هكذا فللمالك إلقاء الخصوصيّه و المطالبه بالقيمه

الثّالث هل إلقاء الخصوصيّه و التّجاوز عن الصّفات موجب لسقوطها عن ذمّه الضّامن بحيث إنّه لو وجد المثل بعد المطالبه و قبل الأداء لا يجب عليه ردّه أم لا تسقط إلّا بالأداء لا بالإسقاط و ليست كالدّين قابله للإسقاط وجهان و الأقوى عدم سقوطها بالإسقاط لأنّها لم يتعلّق بها ضمان مستقلا بل هى تابعه للعين و من الكيفيّات و إبراؤها بإبراء منعوتها فمجرّد مطالبه المالك ماليّه العين لا يوجب سقوط المثل

عن ذمّه الضّامن

نعم بعد أداء القيمه يسقط حقّه عن المثل و لو وجد بعده لأنّ الأداء بما جعله المالك مصداقا لوفاء حقّه صار مصداقا له فلا ينتقل ثانيا عمّا وقع عليه و هذا الكلام يجرى فى القرض و البيع و مال الصّلح و كلّ كلّى تعلّق بالذمه فإنه بأحد مصاديقه أو بأداء غيره فى مقام الوفاء يسقط ما فى الذمّه و الفرق بين الأداء بمصداقه و بغيره أنّه لو أدّاه بغيره يحتسب مقدار ماليّته أى لو تجاوز عن خصوصيّه الحنطه و رضى بالدهن يحسب الدّهن بمقدار قيمه الحنطه و أمّا لو أخذ حنطه أخرى من هذا الصّنف فيؤخذ بمقدار نفس المضمون

و بالجمله للمالك الرّضا بالفاقد و لكنّه لو لم يؤدّه الضّامن بقى المثل بخصوصيّاته تحت الضّمان فإنّ الرّضا لا يوجب الانقلاب و إنّما يوجبه الأداء لما ثبت فى باب القرض أنّ ما رضى به المالك أداء لماله يتحقّق به الأداء إذا عرفت ذلك ظهر أنّ القول الموافق للتّحقيق هو عدم انقلاب المثل و لا العين التّالفه و لا القدر المشترک بينهما إلى القيمه بل يبقى المثل فى الذمّه إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمه من غير فرق بين التعذّر الطارى و التعذّر الابتدائى فإنّ بعد فرض كون العين مثليّه لا فرق بينهما فالانقلاب إلى القيمه لا وجه له فالأقوال الأربعه و الخمسه فى القيميات لا تتطرق فى المقام لأنّها من قبيل السّالبه بانتفاء الموضوع

نعم بناء على الانقلاب فالتعذّر الابتدائى موجب لانقلاب العين إلى القيمه و هذا بخلاف التعذّر الطارى فإنّه يمكن أن يقال بانقلاب المثل إلى القيمه و وجهه ظاهر و هو أنّ تلف العين صار موجبا لتعلّق الضّمان بالمثل فإذا تعذّر المثل فمقتضى ما يقال إنّ كل ما لا يمكن أداؤه لا يمكن أن يبقى فى الذمّه هو انقلاب المثل إلى القيمه و يمكن أن يقال بانقلاب نفس العين التّالفه إلى القيمه و وجهه على مسلک المصنف قدّس سرّه من أنّ المدار فى باب الضمان الأقرب إلى التّالف ظاهر لأنّ المثل للعين التّالفه ما دام موجودا فهو المضمون فإذا تعذّر فالأقرب إليها هو قيمتها لا قيمه المثل

و أمّا وجه انقلاب القدر المشترک إلى القيمه فقد يتوهم فى بادى النّظر أنه لا وجه له أصلا إذ العين بعد ما كانت مثليّه و بعد وجود مثلها فى أوّل الأمر إمّا أن تنقلب هى إلى القيمه أو مثلها و لم يكن الجامع بينهما فى الذمّه فى زمان حتّى ينقلب هو إلى القيمه و لكن بالتأمّل فيما ذكره المصنف قدّس سرّه وجها له يظهر أنّ له وجها وجيها و حاصله أنّه بناء على استقرار ارتفاع القيم فى الذمّه و سقوطه بأداء نفس العين فى القيميات يقتضى فى المقام القول باستقرار ارتفاع قيمه العين و المثل كليهما و يسقط بأداء المثل و أمّا لو تعذّر أداؤه فيبقى فى العهده و ينتج هذا انقلاب القدر المشترک إلى القيمه

و بالجمله لو قلنا بضمان القيمى بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التّلف ينتج فى المقام ضمانه بأعلى القيم من حين أخذ العين إلى زمان إعواز المثل لأنّ معنى الضّمان بأعلى القيم هو استقرار مراتب القيمه السّوقيّه فى عهده الضّامن بشرط تلف المضمون و أمّا مع بقائه فيرتفع ضمان أعلى القيم برده و حيث إنّ العين فى المقام مثليه فكما أنّ ردّ نفس العين يوجب سقوط ارتفاع القيمه فكذلک ردّ مثلها فإذا تعذّر ردّ مثلها كما تعذّر ردّ نفسها بقى ارتفاع القيمه فى الذمّه و هذا معنى أنّ الجامع بين العين و المثل ينقلب إلى القيمه و كيف كان فالاحتمالات فى المسأله كثيره

و توضيح الصّور المنتجه للثمره موقوف على بيان الأقوال فى القيميّات فنقول قد يقال بقيمه يوم الغصب و ما يلحق بالغصب أى قيمه يوم دخول العين تحت يد الضّامن و قد يقال بقيمه يوم التّلف و قد يقال بقيمه يوم الدّفع و قد يقال بأعلى القيم

من يوم الغصب إلى يوم التّلف و احتمل المحقّق الأعلى من زمان الغصب إلى زمان الدّفع

و على هـذا فبناء على المختار و هو عـدم الانقلاب فالمـدار على قيمه يوم الـدّفع و هو أحـد الأقوال أو الاحتمالات فى المسأله و يتّحـد فى النتيجه مع المختـار انقلاـب العين أو المثـل إلى القيمه على القول بيوم الـدفع فى القيميّات فإنّ قيمه العين أو المثل يوم الدّفع قيمه واحده لا محاله

و الاحتمال الثّانى قيمه يوم أخذ العين و الثّالث قيمه يوم تلفها و الرابع الأعلى من يوم أخذها إلى يوم تلفها أو إلى يوم دفع القيمه و هذه الاحتمالات الثلاثه الأخيره مبتيّه على انقلاب العين إلى القيمه بتعذّر مثلها و الخامس قيمه يوم تلف العين بناء على انقلاب المثل إلى القيمه و كون المدار فى القيميّات على زمان الضّـمان فإن أوّل يوم دخل المثل فى الذمّه هو يوم تلف العين و السّادس يوم إعواز المثل و السّابع الأعلى من زمان تلف العين إلى يوم الإعواز و وجه هذين الاحتمالين ظاهر فإنّ الأوّل مبنيّ على انقلاب المثل إلى القيمه و كون المـدار فى القيميّات على يوم التّلف و الثّانى على هـذا المبنى أيضا و كون المدار على الأعلى من زمان الضّمان إلى يوم التّلف فإنّ يوم إعواز المثل هو يوم تلفه و الثّامن الأعلى من زمان دخول العين تحت اليد إلى زمان دفع القيمه و قد بيّنا وجهه

و لا يخفى أنّ غير هذه الاحتمالات إمّا لا يبتنى على أساس و إمّا لا ينتج ثمره أى لا يتفاوت بها القيمه مع المحتملات المذكوره و كيف كان فقد عرفت أنّ الأقوى عدم الانقلاب و أنّ مجرّد المطالبه لا يوجب سـقوط الخصوصـيّه فالمدار على قيمه يوم الدّفع فإنّ القيمه فى هذا اليوم تكون وفاء للمال

ثم إنّه ينبغى التّنبيه على أمور الأوّل أنّ من فروع تعذّر المثل ما إذا أسـقط السّـلطان دراهم و روّج غيرها بناء على كونها مثليا فإنّ ذلك قـد يوجب تعـذّر ما أسـقطه كما إذا صار عزيز الوجود و فى غايه القلّه و قـد لا يوجب تعـذّره و هذا على قسـمين فإنّه تاره يسقط عن الماليّه رأسا و أخرى تنقص عنها كما إذا كان فضّه أو ذهبا فإذا تعذّر ما أسقطه فحكمه حكم تعذّر المثل فى المثليّات و قد تقدم أنّه لا وجه لانقلابه إلى القيمه

و أمّـا لو لم يتعذّر فـإذا سـقط عن المـاليّه فحكمه حكم التلف فينتقـل إلى القيمه نظير الجمـد فى الشـتاء و الماء على الشّاطئ لو اقترضـهما فى الصّـيف فى مفازه اليمن و الحجاز مثلا و أمّا إذا لم يسـقط عن الماليّه ففيه قولان قول بأنّه يرد مثل الدّراهم السّابقه أو عينها إذا كانت موجوده سواء كان منشأ تعلّق الضّمان بها العقود المضمنه كالبيع و القرض أم قاعده اليد و الإتلاف و قول بأنّه يردّ الرّائجه إذا كانت مساويه للسّابقه فى الوزن و القيمه أو يردّ من غير الجنس بقيمه السّابقه

و بالجمله لو نقصت قيمه السّابقه فالمشهور على أنّ نقصان القيمه ليس مضمونا و ذهب بعضهم إلى أنّه مضمون فلا بدّ من ردّ ما يسـاوى القيمه السّـابقه فيردّ من الرّائجه لو كانت فى الوزن و القيمه مساويه للسّابقه كما قـد يتّفق نادرا أو من غير الجنس لو كان بينهمـا تفـاوت حتى لاـ يلزم الرّبـا و منشأ الاختلاـف اختلاف الأخبار فى المسأله ففى مكاتبه يونس إلى أبى الحسن الرّضا ع أنّه كان لى على رجل عشره دراهم و أنّ السّـلطان أسـقط تلك الدّراهم و جاءت بدراهم أعلى من تلك الدّراهم الأولى و لها اليوم

وضيعه فأىّ شى ء لى عليه الأولى الّتى أسقطها السّلطان أو الدّراهم الّتى أجازها السّلطان فكتب ع لك الدّراهم الأولى و عن العبّاس بن صفوان قال سأله معاويه بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل و سقطت تلك الدّراهم أو تغيّرت و لا يباع بها شى ء لصاحب

الدّراهم الدّراهم الأولى أو الجائزه الّتى تجوز بين النّاس فقال لصاحب الدراهم الدّراهم الأولى

هذا مدرك المشهور و مدرك غيرهم مكاتبه أخرى من يونس قال كتبت إلى الرّضا ع أنّ لى على رجل ثلاثه آلاف درهم و كانت تلك الدّراهم تنفق بين الناس تلك الأيام و ليست تنفق اليوم فلى عليه تلك الدّراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين النّاس قال فكتب إلىّ لك أن تأخذ منه ما ينفق بين النّاس كما أعطيته ما ينفق بين النّاس و فى الوسائل عن الصّدوق أنّ الحديثين متّفقان غير مختلفين فمن كان له عليه دراهم بنقد معروف فليس له إلّا ذلك النّقد و متى كان له دراهم بوزن معلوم بغير نقد معروف فإنّما له الدّراهم الّتى تجوز بين النّاس

و نحن نقول مع قطع النّظر عن الأخبار و إمكان الجمع بينها و عدمه أن مقتضى القاعده عدم الفرق بين الصّفات الدّاخليّه و الخارجيّه فى الضّمان إلّا إذا رجعت الصّفه الخارجيّه إلى تفاوت الرّغبات أى القيمه السوقيّه من غير فرق بين أن يكون الموصوف بها مضمونا بالعقد أو باليد و الإتلاف فإنّ الأوصاف و إن كانت تابعه و لم تدخل تحت اليد و العقد مستقلا إلّا أنّها تدخل تحتها للشّرط الضّمنى أو الصّريح كما فى باب العقود أو تبعا كما فى باب اليد و نحوه

و مجرد كون الوصف خارجيّا كرواج السّلطان الموصوف به لا يوجب خروجه عن تحت الضّمان فإنّ الرّواج نظير كون المال فى محل كذا أو زمان كذا الّتى بها يتفاوت ماليّه الأموال بل لا شبهه أنّ الاعتبار ليس بذات النّقد من حيث هو بل برواجه عند الناس و هذا بنفسه خصوصيّه فى المال من غير جهته السّوقيّه و تفاوت الرّغبات فإنّ كلّ صفه و إن رجع دخلها فى الموصوف فى الحقيقه إلى الرّغبه الّتى بها يتغيّر سعر السوق حتى مثل كتابه العبد إلّا أنّه لا شبهه أنّ فى مقام الاعتبار فرق بين الرّواج أو كون المال فى محلّ كذا و زمان كذا و بين القيمه السّوقيّه فعدم التزامنا بضمان زياده القيمه السّوقيّه لا يلازم الالتزام بعدم ضمان الرّواج و صفه كونه فى محلّ كذا هذا ما تقتضيه القاعده

و أمّا جمع الصّدوق فحاصله ظاهرا أنّه لو كان الدّراهم السابقه بقيمه الدّراهم الرّائجه فله الدّراهم السّابقه و إلّا فله الدّراهم اللّاحقه و لا يخفى أنّ هذا التّفصيل لا يظهر من الأخبار بل مفروض السّؤال أنّ السّابقه ساقطه عن درجه الاعتبار و إن لم يخرج عن القيمه لكونه ذهبا أو فضّه و جمع الشّيخ بين الأخبار بحمل ما ينفق بين النّاس على معنى قيمه ما كان ينفق و حمل الدّراهم الأولى فى الخبرين على قيمه الدّراهم الأولى

و حاصل جمعه أنّه ليس له الدّراهم الرّائجه و إنّما له قيمه الدّراهم السّابقه و هذا أيضا خلاف ظاهر كلّ من الطّائفتين فإنّ ظاهرهما عين الدّراهم السّابق أو ما ينفق فالصّواب أن يجعل الطّائفتين من قبيل الإطلاق و التّقييد فإن قوله ع الدّراهم الأولى مطلق من حيث ضمّ تفاوت السكّه و عدمه إليها و قوله ع لك أن تأخذ منه ما ينفق بين النّاس مقيّد له أى تأخذ الدّراهم الأولى بقيمه ما ينفق

الثّانى قد أشرنا أنّه لا فرق فى عدم انقلاب المثلى المتعذّر مثله إلى القيمه بين أن يكون التعذّر طارئا و أن يكون ابتدائيا لأن الملاک متّحد فيهما إلّا أنّ هذا إنّما هو فى المضمون باليد و أمّا المضمون بالعقد كالسّلم و القرض ففى مورد التعذر الابتدائى

يشكل أصل صحّه التعهّد أمّا السّلم فالظّاهر اتّفاق الأصحاب عليه و وجهه أنّ من لا يمكنه أداء الحنطه مثلا حال حلول الأجل

يـدخل بيع الحنطه فيمـا لا يقـدر على تسـليمه و أمّا القرض فإنّا و إن لم نجـد من صـرّح بالبطلان و لكن لو جعل للقرض مـدّه لا يمكنه ردّ العين المقترضه و لا مثلها كما لو اقترض بطّيخا و نحوه ممّا يفسـد فى هـذه المـدّه و لا يوجد مثله فأصل صـحّه القرض مشكل حتّى يقال بالانقلاب أو عدمه

ثمّ إنّه هـل يفرق بين التعـذّر الموقّت و التعـذّر الـدّائمى أم لا ـ وجهـان أقواهمـا الثّـانى لأـنّ غايه ما يوجّه به الفرق أنّ فى التعـذّر الموقت لبقـاء المثل فى ذمّه الضّامن أثر عقلائىّ فللمالک الصّبر إلى زمان وجود المثل و أمّا التعـذّر الـدّائمىّ كالـدّراهم السّاقطه رأسا فمضافا إلى أنّه لا يترتّب أثر على بقائه فى الـذمّه لا يمكن أن يتعلّق به الضّـمان شـرعا لأنّ ما لا يمكن أداؤه كيف يبقى فى الذمّه فلا بدّ من القول بسقوط المثل عن الذمّه كسقوط خصوصيّه العين عنها بعد تلفها و لكنّه فاسد

أمّا عـدم ترتّب الأثر على بقاء المثل فى الذمّه ففيه أنّ له أثرا و هو عدم إمكان إلزام الضّامن المالک بأخذ القيمه و ثبوت التّخيير للمالک بين المطالبه و الصّبر و فى هـذا الأثر كفايه لأنّه قـد يتّفق أن دفع الضّامن القيمه موجب لتضـرّر المالک و كون المال فى ذمّه الضّامن أنفع له

و أمّـا مسـأله أنّ مـا لا ـ يمكن أداؤه لا ـ يمكن أن يكـون فى الـذمّه ففيه أنّه و إن لم يمكن تعلّـق التّكليف بـالردّ إليه لخروجه عن القـدره إلّا أنّ الوضع لا يتوقّف على القـدره فالأقوى فى جميع الصّور الأربع من التعذّر البدوى و الطّارى الموقّت و الدائمى عدم الانقلاـب و لا ـ يقـاس المثل المتعـذّر على العين الشّخصـيّه إذا تلف فإنّ العين التّالفه لا يمكن دخولها فى الـذمّه رأسا فإنّ الـذمّه ظرف للكليّات لا الأعيان فتلف العين موجب لسـقوط الخصوصـيّه الشّخصـيّه و هذا بخلاف تعذّر المثل فإنّه لا وجه لسـقوطه عن الذمّه

الثّـالث بعـد مـا ثبت أنّ للمالـک التّجـاوز عن الخصوصـيّه و مطالبه القيمه فيتفرّع عليه أنّ المناط فى معرفه القيمه مع عـدم وجود المثـل هـل بفرض وجوده فى غـايه العزّه أو بفرض وجوده كثيرا مبـذولا أو المتوسّط بينهما وجوه و الحقّ هو الأول و لكن لا فى مورد صـار عزّه وجوده موجبـا لأـن يعـد مثله عادم النّظير بل المقصود أنّه لو صار عزّه وجوده موجبا لغلائه فقيمته فى حال غلائه يسـتقرّ فى ذمّه الضّامن لأنّ المال حينئذ مثلىّ فإنّه آخر أزمنه وجود المثل و بعد ذلک لو وصل عزّته بحيث لا يباع إلّا بإزاء عتاق الخيل فهذا يعدّ متعذّرا

ثم إنّ هـذا بنـاء على عـدم الانقلاب و أمّا بناء على الانقلاب سواء قيل بانقلاب العين أم المثل فمقـدار القيمه معلوم لأنّ العين أو المثل فى يوم الضّـمان أو يوم التّلف أو يوم الإعواز إمّا موجود أو كان موجودا ثم تلف أو أعوز فلا تخفى قيمته الرابع قـد عرفت أنّه لو أخـذ المالک قيمه المثل المتعـذّر فليس له مطالبه المثل لو تمكن الضّامن منه لأنّ قبض المالک ما عينه مصـداقا لوفاء ماله يوجب تعيين حقه فى المقبوض و أمّـا لو لم يقبضـها فنفس المطالبه و إسـقاط الخصوصـيّه غير موجب للتّعيين لأنّ غايه الأمر أنّه يصـير القيمه بالمطالبه من أحـد مصاديق الكلّى الثّابت فى الـذمّه و تعيين الكلّى فى المصداق الخاصّ إنّما هو بقبض المالک فلو لم يقبضه لم يكن وجه لتعيّنه بل لو قيل بالانقلاب أيضا يمكن القول بأنّ الانقلاب ما دام التعـذّر فبعد التمكّن يرجع الأمر إلى ما كان عليه

و على أىّ حال فبناء على عدم الانقلاب لا إشكال فى أن للمالك مطالبه الضّامن بالمثل عند تمكّنه إنّما الكلام فى أنّ له المطالبه به و لو فى غير بلد الضّمان أو لا و هذا النّزاع يجرى فى مطالبه العين و القيمه أيضا

و توضيح ذلك أنّ فى المقبوض بالعقد الفاسد و نحوه تاره يكون العين موجوده و أخرى تالفه و على الثّانى إمّا يكون العين قيميّه أو مثليّه و على الثّانى إمّا المثل موجود أو متعذّر فلو كان العين موجوده قيل بجواز مطالبه المالك بها من الضّامن فى أى بلد أراد سواء كان قيمه العين فى بلد المطالبه أزيد عن قيمتها فى بلد الضّمان أم لا لعموم النّاس مسلّطون على أموالهم و لقوله ص حتّى تؤدّى فيجب من باب المقدّمه ردّها إليه

و فيه أنّ عموم السّلطنه إنّما هو باعتبار أنحائها من البيع و الصّلح و نحوهما و أمّا بالنّسبه إلى الأشخاص الّذين كانت الأموال فى عهدتهم فلا عموم لها و أمّا على اليد فلا يدل إلّا على وجوب أداء المضمون و أمّا ردّه إلى شخص المالك أو وكيله أو الحاكم الشّرعى فليس فى مقام بيان ذلك فلو كان المالك فى بلد الغصب و الغاصب أخرج المال إلى بلد آخر فليس على الضّامن إلّا تخليه اليد عن المال لا رده إلى مالكه و إن فعل محرّما بالإخراج إلّا أنّ الظّاهر من الفقهاء أنّ للمالك إلزام الغاصب بالرّد إلى بلد الغصب

و على أىّ حال لو كان للأمكنه خصوصيّه فى الماليّه بحيث عدّ عرفا كونه فى هذا المكان من صفات المال كسائر الصّفات من السّمن و الكتابه و نحوهما فيجب على الغاصب تفاوت القيمه أو رد المال إلى بلد الضّمان بل لو أخرج المال إلى بلد يكون المال فيه فى غايه الغلاء ثمّ ردّه إلى بلد الرّخص يجب عليه ردّ تفاوت القيمه لأنّه بمنزله صيروره المغصوب كاتبا عند الغاصب أو سمينا ثم زال سمنه أو كتابته عنده

و أمّا لو كان المالك فى غير بلد الضّمان فلا يجب على الضّامن ردّ المال إليه و لا تفاوت القيمه لو كانت قيمه المال فى البلده الّتى كان المالك فيها أزيد من بلد الضّمان لأنّه لم يدل دليل على تسلّط المالك بالمطالبه فى أىّ بلد أراد و لا موجب لضمان الضّامن تفاوت القيمه بين البلدتين فى هذه الصّوره و أمّا لو كانت العين تالفه فإذا كانت مثليّه فحكم المثل حكم العين فى التّفصيل المتقدم و أمّا لو كانت قيميّه أو تعذّر المثل فيجب عليه قيمه العين أو المثل مع الخصوصيّه على ما تقدم

و بالجمله لو لم يكن للمال خصوصيّه من حيث الزّمان أو المكان فوجوب ردّه إلى شخص المالك فى أىّ بلد طالبه لا دليل عليه بل يرد إلى وكيله أو إلى الحاكم الشّرعى أو إلى عدول المؤمنين أو إلى فسّاقهم و مع تعذّر المراتب الطّوليه السّابقه يعزله عن ماله و يحفظه لمالكه و لو تلف فحكمه حكم ضمان الدّين و الخمس و الزّكاه بل الضّمان فى باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد لا إشكال فيه فإنّه ليس داخلا فى الأمانات الشّرعيّه أو المالكيّه فتأمّل

ثم لا يخفى أنّه بناء على دخل الأزمنه و الأمكنه فى ماليّه الأموال لا وجه لما أفاده المصنف فى مسأله خروج المثل عن القيمه كالماء على الشّاطئ و الجمد فى الشتاء من احتمال ضمان آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن الماليّه لأنّه يجب عليه ردّ جميع هذه الخصوصيّه فيلاحظه قيمه الماء فى المفازه و قيمه الجمد فى الصّيف

[السّابع لو كان التّالف المبيع فاسدا قيميّا فقد حكى الاتّفاق على كونه مضمونا بالقيمه]

اشاره

قوله قدّس سرّه السّابع لو كان التّالف المبيع فاسدا قيميّا فقد حكى الاتّفاق على كونه مضمونا بالقيمه إلى آخره

قد تقدّم أنّ المرتكز فى الأذهان لزوم ردّ المثل فى المثلى التّالف و القيمه فى القيمى و تقدم ميزان المثليّه و القيميّه فإذا كان أداء القيمه فى القيميّات ارتكازيا فلو لم يقم دليل على خلافه فلا بدّ من الالتزام به و حمل الأدلّه العامّه عليه هذا مع أنّ الأخبار الخاصّه الدالّه على وجوب القيمه فى العبد و الغنم و نحو ذلك تشهد للمدّعى و لم ينقل الخلاف إلّا عن الإسكافى و الشّيخ و المحقّق فى الخلاف و الشّرائع فى باب القرض

و لكنّه يمكن توجيه كلامهما بأنّ المتعارف فى باب القرض لا سيّما بالنسبه إلى الرّغيف أنّ وجوب ردّ مثله و لو فى بعض الصّفات من باب الشّرط الضّمنى و تقدم أيضا أنّه لم ينهض دليل على وجوب ردّ الأقرب إلى التّالف مع أنّه ليس له ميزان مضبوط لإمكان أن يكون شى ء أقرب إلى التّالف من جهه و شى ء آخر من أخرى فوجوب ردّ القيمه فى القيميّات لا إشكال فيه إنّما الكلام فى أنّ المدار على قيمه يوم دخول العين تحت العهده أو يوم التّلف أو يوم الدّفع أو أعلى القيم من زمان أخذ العين و دخولها تحت الضّمان إلى زمان التّلف أو إلى زمان الدّفع وجوه بل أقوال منشأ القولين الأوّلين الاختلاف فى فعليّه الضّمان يوم الأخذ و تعليقيّته

فمن قال بتحقّق الضّمان فعلا بمجرّد الأخذ غايه الأمر أنّه مشروط بشرط متأخّر و هو تلفها قال بقيمه يوم الأخذ و من قال بأنّ الضّمان تعليقىّ أى يجب الخروج عن عهده العين إذا تلفت قال بيوم التّلف ثم إنّ الاختلاف فى صحّه ضمان الأعيان و عدمها ناش عن الاختلاف فى الفعليّه و التّقديريّه لأنّه لو كان الضّمان حين وجود العين فعليا بحيث يجب الخروج عن عهده قيمتها فعلا فيصحّ لغير الآخذ أن يضمنها لأنّه ليس ضمانا لما لم يجب و أمّا لو كان الضّمان تعليقيّا فضمان الغير ضمان لما لم يجب و منشأ القول بيوم الدّفع أمران

الأوّل أنّ العين بخصوصيّتها الشخصيّه فى عهده الضّامن حين وجودها و حين تلفها لأنّ الذمّه أمر وسيع و لا وجه للانقلاب إلى القيمه بمجرّد التّلف فإذا أمكن أن يتعلّق بها الضّمان على نحو الجامع بين الحالتين فنتيجته تختلف باختلاف الأحوال فمع التمكّن من ردّ العين يجب أن تردّ بشخصها و مع التعذّر لغرق و نحوه يردّ بدل الحيلوله و مع تلفها و ما بحكم التّلف كخروجها عن الماليّه شرعا يجب ردّ مثلها إن كانت مثليّه و إلّا فقيمتها و لكنّك خبير بأن هذا مما لا يمكن الالتزام به

أمّا أوّلا فلما عرفت من أنّ جعل الأداء غايه للتعهّد و الضّمان ملازم لاعتبار تعلّق الضّمان بما يمكن أداؤه و شخص العين حين التّلف ممّا لا يمكن أداؤه فلا يمكن أن تكون بنفسها تحت الضّمان و تقدم أنّ الذمّه ظرف للكليّات لا الخارجيّات و ثانيا أنّ لازم ذلك إمّا الالتزام بسقوط الضّمان و إمّا بعدم تعيّن قيمه يوم الأداء لأنّ الخصوصيّه لو كانت مضمونه حين التّلف لزم التّكليف بغير المقدور فلا بدّ أن يسقط الضّمان و أداء القيمه ليس أداء للمصداق فلا وجه لسقوط ما فى الذمّه بأمر مباين له إلّا بالتراضى و لا يعقل تعين القيمه للبدليّه بنفسها و لو لم تكن مضمونه حين التّلف إلى زمان الأداء فلا موجب لتعيّن قيمه يوم الأداء

الثّانى أن قوام الشى ء بماليّته و أمّا خصوصياته الشخصيّه و المثليّه فهى من قبيل الفضله فما يبقى فى الذمّه ما هو الرّكن للشّى ء و هو ماليّته الّتى هى عباره عمّا ينتفع به من غير تقديرها بقيمه فلو كان المأخوذ هو الحقّه من الحنطه مثلا فإذا تلفت بقى فى الذمّه ما يشبع عشره أنفس إلى زمان المطالبه فإذا طالبها المالك فيقوم بقيمه هذا اليوم لا يوم الأخذ و التّلف و منشأ القول بأعلى القيم هو كون تفاوت الرّغبات أى القيمه السّوقيّه مضمونه

ثم إنّ ضمان الأعلى مع كون المبدإ يوم الأخذ و المنتهى يوم التّلف أو الدّفع مبتن على أمور ثلاثه الأوّل كون الضّمان يوم الأخذ فعليا الثّانى تعلّق الضّمان بالأمور الخارجه عن ماليّه الأموال فيكون حكم قلّه المال و كثره الرّاغب حكم الصّفات أو

الاعتبارات فكما يضمن الكتابه و السّمن لو زالا سواء حصلا

بفعل اللّه سبحانه أم بفعل الضّامن و سواء كانا موجودين حين الأخذ أم حصلا عند الضّامن و زالا و كذا يضمن خصوصيه كون المال فى زمان كذا أو مكان كذا الّتى هى من الأمور الاعتباريه العقلائيّه فكذلك يضمن الرّغبات

و بالجمله ما يوجب زياده القيمه على أقسام ثلاثه قسم من قبيل السّمن و الصوف الّذى لا إشكال فى دخوله تحت عهده الضّامن بتبع المال و قسم من الاعتباريات ككون الجمد فى الصّيف و الماء فى المفازه و قسم من الأمور الخارجيّه الاتّفاقيّه ككثره الرّاغب أو قلّه المال

الثّالث بناء على كون المنتهى يوم التّلف يجب الالتزام بانقلاب العين إلى القيمه فى ذاك اليوم فإنّها لو انتقلت إلى القيمه فليس للقيمه علوّ و نقيصه لأنّ عشره دنانير مثلا لا تنقص و لا تزيد و بناء على كونه يوم الدفع يجب الالتزام ببقاء المضمون فى الذمّه إلى يوم الدّفع سواء قلنا ببقاء خصوصيّه العينيّه إلى ذاك الزّمان كما على الوجه الأوّل أم قلنا ببقاء الماليّه غير متقدّره بقيمه كما على الوجه الثانى أو قلنا بانتقال العين إلى الأقرب إلى التّالف بمجرّد التّلف كما احتملوا هذا الوجه فى ترديد المحقّق فى كون المنتهى يوم التّلف أو يوم الدّفع فيبتنى كون منتهى الأعلى يوم الدّفع على بقاء الأقرب فى الذمّه بعد تلف العين

و بالجمله لا بدّ بناء على القول بالأعلى من تعلّق الضّمان بالرّغبات و كون الذمّه مشغوله بغير القيمه حتى يلاحظ أعلى القيم من زمان الأخذ إلى يوم التّلف أو إلى يوم الدّفع ثم لا يخفى أنّ لازم تعهّد الضّامن للرّغبات أن يكون كذلك حتى مع ردّ العين و لا يلتزمون به فيلزم التّناقض بين القول بالأعلى و عدم ضمان نقصان القيمه عند ردّ العين

[تحقيق حول صحيحه أبى ولّاد]

اشاره

قوله قدّس سرّه فالمهم صرف الكلام إلى معنى الصّحيحه إلى آخره

وجه الأهميّه إمّا لكون المقبوض بالعقد الفاسد حكمه حكم المغصوب كما ذكره الحلّى قدّس سرّه و إمّا من جهه استفاده قاعده كليّه من الصّحيحه فى جميع موارد ما يضمن بالقيمه فإذا دلّت على أنّ الاعتبار بقيمه يوم الغصب تكشف عن عدم اقتضاء إطلاقات الضّمان اعتبار قيمه يوم التّلف و إلّا لزم أن يكون الضّمان فى الغصب أقلّ من غيره فى بعض الموارد كما إذا كانت قيمه يوم الغصب أقلّ من قيمه يوم التّلف فيلزم خروج المغصوب عن سائر ما يتعلّق به الضمان خروجا حكميا

و بالجمله لو دلّت الصحيحه على عدم وجوب التّدارك إلا بقيمه يوم المخالفه فيستكشف منها أنّ ما عدّوه مصداقا للتّدارك من قيمه يوم التّلف أو الدّفع خطأ و إلّا يلزم أضعفيّه الغصب و عدم وجوب تدارك قيمته بمقدار ما يتدارك به سائر المضمونات و لو فى بعض الموارد نعم لو دلت الصّحيحه على ضمان أعلى القيم فلا محذور فى خروج المغصوب عن سائر المضمونات

و كيف كان فالصّحيحه تدلّ على أنّ المدار على قيمه يوم الأخذ فى موضعين الأوّل قوله ع نعم قيمه بغل يوم خالفته سواء كان

يوم خالفته مضافا إليه للقيمه أو مضافا إليه لمجموع المضاف و المضاف إليه أو كان قيـدا للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل أو كان متعلّقا بنعم الّـذى معناه يلزمك أمّا على الأوّلين فواضـح لأن معنى الحديث على الأوّل يلزمک قيمه البغل قيمه يوم المخالفه و على الثّانى يلزمك القيمه الثّابته للبغل يوم المخالفه

و أمّا بناء على أن يكون متعلّقا بنعم بأن يكون الظّرف لغوا متعلّقا بشبه الفعل الّذى معناه يلزمک فإنّه و إن لم يدلّ بالمطابقه على قيمه يـوم المخـالفه لأـن معنـاه أنّه يلزمـک يوم المخـالفه القيمه إمّـا قيمه ذلـک اليوم أو قيمه يوم التّلف أو يوم الـدّفع فالحـديث ساكت عنه إلّا أنّه

بالالتزام يدلّ على أنّ المدار على قيمه يوم المخالفه فإنّه لو لم يكن يوم المخالفه إلّا يوم دخول نفس العين فى العهده لكان ذكر القيمه بلا موجب لأن ماليّه المال إذا قدر بالقيمه يوم المخالفه فلا محاله يكون القيمه قيمه ذلك اليوم لأنّه لا يعقل أن يكون الضّمان بقيمه يوم المخالفه فعليّا و يقدر قيمه يوم ما بعد المخالفه

نعم وجوب الأداء يمكن أن يكون متأخّرا و لكن قيمه اليوم المتأخر لا يمكن أن تكون هى قيمه اليوم المتقدم و بالجمله كلّ من قال بضمان قيمه يوم التّلف لكون الضّمان بالقيمه فى هذا اليوم فعليا فلا يمكن أن يجعل المدار على قيمه غير هذا اليوم فالتزام المشهور بقيمه يوم التّلف ليس إلّا لفعليّه الضّمان بالقيمه فى هذا اليوم و هكذا على القول بيوم الدّفع فلا وجه لما تمحّله المصنف قدّس سرّه من جعل اليوم قيدا للقيمه أو لقيمه البغل مع ما فيهما من المخالفه للقواعد العربيّه و الخروج عن طريقه أهل اللّسان لأنّه لو كانت القيمه مضافه إلى البغل فلا يعقل أن يضاف فى عرض هذه الإضافه إلى أمر آخر فإنّه يتوقف على لحاظين مستقلّين متباينين

و هكذا لو أضيف مجموع المضاف و المضاف إليه إلى اليوم الّذى هو ظاهر المتن فإنّ قوله قدّس سرّه فيكون إسقاط التعريف للإضافه صريح فى أنّ البغل أيضا مضاف إلى اليوم كإضافه القيمه التى هى مضاف إلى البغل إليه فإنّه لو كان مقصوده إضافه القيمه إلى اليوم لا إضافه البغل إليه لما كان لسقوط حرف التعريف وجه و على أىّ حال فإضافه المجموع أيضا لا معنى له لأنّه يلزم الجمع بين اللّحاظ الآلى و الاستقلالى فى لحاظ واحد فإنّ جهه إضافه المضاف هى معنى حرفىّ و لا بدّ من لحاظها مستقلّا فى الإضافه الثّانيه كما لا يخفى

نعم يجوز الإضافه الطوليه نحو مثل دأب قوم نوح أو حافر فرس جبرئيل و لكن الإضافه الطّوليّه لا معنى لها فى المقام لعدم معنى لقولك بغل يوم المخالفه فإنّ البغل لا يمكن أن يتخصّص بيوم المخالفه و هكذا لا يمكن أن يتعلّق اليوم بالاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل فإنّه معنى حرفىّ فالأوفق بالقواعد العربيّه تعلّق الظّرف بنعم و هو أيضا يدلّ بالالتزام على أنّ المدار على قيمه يوم المخالفه

بل لو قيل إنّ المقام من قبيل تتابع الإضافات و حيث لا يختلف الأعيان باختلاف الأيّام فبدلاله الاقتضاء لا بدّ أن يكون إضافه البغل إلى اليوم باعتبار قيمته فى ذلك اليوم لكان المدار أيضا على قيمه يوم المخالفه هذا مع أنّ البغل فى بعض نسخ الكافى و الإستبصار محلى باللّام فيكون يوم المخالفه حالا من القيمه بل لو كان غير محلّى بالألف و اللّام يمكن أن يكون منونا بدلا عن اللّام

و بالجمله ظهور هذه الفقره فى أنّ المدار على قيمه يوم المخالفه ممّا لا ينبغى التّشكيك فيه لأنّه لو كان السّؤال عن أصل الضّمان لكان اللّازم الاكتفاء بقوله ع نعم فتعقيبه بقوله ع قيمه بغل يوم خالفته كاشف عن أنّ أصل الضّمان كان مفروغا عنه عند السائل و لذا قال أ رأيت لو عطب أو نفق سيّما بعد فتوى أبى حنيفه بأنّ الضّمان موجب لسقوط الكرى من باب الخراج بالضّمان و إنّما كان سؤاله عن مقدار الضّمان فأجاب الإمام عليه السّلام بعد تقريره له أصل الضّمان بقوله نعم عن المقدار بقوله ع قيمه بغل يوم خالفته أو قيمه البغل يوم خالفته بنصب اليوم

الثّانى قوله ع أو يـأتى صـاحب البغـل بشـهود يشـهدون أن قيمه البغـل حين اكترى كـذا و كـذا فإنّ إثبات قيمه يوم الاكتراء فى خصوص المورد ليس إلّا من حيث إنّه يوم المخالفه و التعبير به عنه لنكته إمكان إقامه الشّهود لأنّ الاكتراء يقع غالبا بمحضر

من النّاس و على هـذا فلا ينبغى طرح الرّوايه من باب دلالتها على ضـمان العين المسـتأجره بلا شـرط الّـذى هو مخالف للقواعد لأنّها لم تدلّ على ضـمان يوم الاكتراء الّذى وقع الإجاره فيه صحيحا و بلا شرط الضّمان بل تدلّ على ضمان يوم المخالفه و هذا على طبق القواعد

و حاصل الكلام أنّ ظهور الصّـحيحه فى أنّ المـدار على قيمه يوم المخالفه لا شـبهه فيه إنّما الكلام فى ما يتخيّل أنّه موهن لهـذا الظّهور و هو أمور الأوّل قوله ع عليك قيمه ما بين الصّحه و العيب يوم ترده عليه و ظاهره أنّ المدار فى القيمه على قيمه يوم الردّ لاـ يوم المخـالفه سواء كـان اليوم قيـدا للقيمه أو متعلّقا بأفعال العموم المقـدّره أو متعلّقا بعليك أمّا بناء على كونه قيـدا للقيمه أو متعلّقـا بأفعـال العموم فواضـح لأـنّ معنـاه عليـك مـا يتقوم به يوم الردّ أو القيمه الثّـابته يوم الردّ و مـا أفاده المصـنف فى ردّ تعلّق الظّرف بالقيمه بقوله إذ لا عبره فى أرش العيب بيوم الردّ إجماعا ففيه أنّه لم ينعقد الإجماع على عدم اعتبار يوم الردّ بل قد انعقد على تبعيّه النّقص الحـادث فى تعيّن يوم قيمته ليوم قيمه أصل العين فلو قيل فى أصل العين بيوم الردّ فيتبعها الصـفات أيضا فليكن هذه الصّحيحه دليلا ليوم الردّ بناء على التبعيّه الّتى هى مسلّمه

و أمّـا بنـاء على كونه متعلّقـا بعليك فلما ذكرنا من الملازمه بين فعليّه الضّـمان فى زمان و زمان القيمه و لكنّك خبير بأنّ هـذا لا يوجب الوهن أصـلا و إن اخترنـاه فى تعليقتنـا سابقـا و ذلـك لظهور هـذا الكلام فى تعلّق الظّرف بعليك و الملازمه ممنوعه فى المقام لأنّها ثابته فى مقام اشتغال الذمّه لا فى مقام الفراغ و الرّوايه ليست فى مقام بيان أنّ نقص الصّفات موجب للضّمان فى يوم الردّ بـل مفادها أنّ يوم ردّ البغله عليك التفاوت بين الصّـحيح و المعيب و لا تعرّض فيها على أنّ التّفاوت يلاحظ يوم الغصب أو يوم تلف وصف الصّحه أو نفس هذا اليوم الّذى يرد فيه

و ردّ المصـنف هـذا الموهن بوجه آخر و هو احتمال أن يكون اليوم قيـدا للعيب أى العيب الموجود حال الردّ يوجب الضّـمان و لكن ضـعّفه بأنّ العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الردّ و لازم كون اليوم قيدا للعيب أن لا يوجب ضـمانا فى هذين الصّورتين مع أنّ مقتضـى الفتوى خلاف ذلك و فيه أنّه ليس عدم سـقوط الضّـمان مقتضـى فتوى الكل بل المسأله خلافيّه فقيل بسـقوط الضّمان مطلقا و قيل بعدم سـقوطه مطلقا كما عليه الفاضل فى التّذكره و قيل بالتّفصـيل بين الوصف القابل للزياده كالسّـمن و ما لم يكن كـذلك كوصـف الصّـحه فـإذا زال السّـمن و رجع فعليه الضّـمان بخلاـف مـا إذا حـدثت نقطه فى عين الـدابّه و ارتفعت و هـذا الاختلاف جار فى العيب الموجود حال العقد أو الحادث بعده إذا زال قبل القبض

و لكن الأـقوى فى الغصب عـدم ارتفاع الضّـمان بارتفاع الوصف سواء ارتفع بفعل اللّه سـبحانه أم بفعل الغاصب أم الأجنبى لأنّ ارتفاعه حصل فى ملك المالك فلا ينتفع به الغاصب و الأقوى فى باب العقـد ارتفاع الضّـمان لأنّ المـدار فى هـذا الباب تسـليم المبيع صـحيحا و على أىّ حـال ليس ضـمان الوصف فى بـاب الغصب مطابقا لفتوى جميع الفقهاء هـذا مضافا إلى أنّ كون أحد الاحتمالات مخالفا للفتوى لا يوجب ظهور الكلام فى غيره فإنّ الظّهور لا بدّ أن يكون مستندا إلى اللّفظ

فالصّواب أنّ العيب غير قابل لأن يتعلّق به الظّرف لأنّ المراد منه هنا الحاصل من المصدر و هو معنى اسـمىّ ليس فيه معنى الفعل و لا يمكن إشراب معناه فيه و لا يمكن أن يجعل اليوم صفه للعيب بأن يكون الظّرف مستقرّا لأنّه نكره و العيب

معرّف باللّام و الظّرف المستقر منحصر فى النّعت و الصّله و الحال و الخبر و كلّ منها لا محلّ له فى المقام

الثّانى قوله ع أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على أنّ قيمه البغل يوم اكترى كذا و كذا فيلزمك فإنّه لو كان العبره بيوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل فإنّ الأصل براءه ذمّه الضّامن عمّا يدّعيه المالك و هذا بخلاف ما إذا قلنا بيوم الدفع فإنّ القول قول المالك لكونه مطابقا للأصل لأنّ القول بيوم الدّفع مرجعه إمّا إلى بقاء العين بخصوصيتها إلى يوم الدّفع فى عهده الضّامن و إمّا إلى بقاء ماليّتها الغير المتقدّره بالقيمه فإذا ادّعى المالك زياد قيمه العين أو الوصف يوم الدّفع فالقول قوله لأنّ الأصل عدم فراغ ذمّه الضّامن بما يدفعه بدلا عن التّالف فإنّ ظاهر السّؤال فى قول السّائل فمن يعرف ذلك هو السّؤال عن صوره التّنازع فكون قول المالك موافقا للأصل منحصر فى أن يكون المدار على يوم الدّفع

و فيه أنّه يمكن النزاع فى تنزّل القيمه يوم المخالفه مع اتّفاقهما فى القيمه قبل ذلك فيدّعى الغاصب التنزّل فالقول قول المالك الثّالث أنّ سماع البيّنه من المالك لا يجتمع مع كون القول قوله فلا بدّ من أن يجعل سماع البيّنه منه فى مورد و كون القول قوله فى مورد آخر و هذا يتمّ على القول بيوم التّلف بحمل الرّوايه على صورتين الأولى ما إذا اختلفا فى تنزّل القيمه يوم التّلف مع اتّفاقهما على قيمته سابقا فيدّعى الغاصب التنزّل فالقول قول المالك الثّانيه ما إذا اختلفا فى قيمته سابقا مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التّلف فالقول قول الغاصب لأصاله البراءه و على المالك إقامه البيّنه على ما يدّعيه

و أمّا بناء على يوم المخالفه فلا بدّ إمّا من حمل النّص على التعبّد و أنّ البيّنه تسمع من المنكر فى خصوص الغصب أو غصب الدابّه و إمّا من حمل كون قول المالك موافقا للأصل على ما إذا اتّفقا على القيمه قبل الغصب و اختلفا فى التنزّل يوم الغصب فيدّعى الغاصب التنزّل و كلاهما بعيد و فيه أوّلا أنّ مجرّد الاستبعاد لا يثبت المدّعى لأنّ للخصم دعوى الاستبعاد فى بعض الموارد على الوجه الآخر أيضا فكما يمكن فرض مورد سماع البيّنه من المالك غير مورد كون القول قوله بناء على القول بيوم التّلف فكذا يمكن اختلاف الموردين على القول بيوم المخالفه و ثانيا يمكن حمل الرّوايه على صوره واحده و هى دعوى الغاصب كون الدابّه معيوبه حين اكتراها فالأصل مع المالك لأصاله الصّحه أو دعواه التنزّل عمّا اتّفقا عليه سابقا قبل يوم المخالفه و سماع البيّنه منه إنّما هو لدفع اليمين عن نفسه فيكون الصّحيحه من الأدلّه الدالّه على سماع البيّنه من المنكر كما فى قضيّه السّرج المعروفه و هى أنّ عيسى بن موسى أمر رجلا فى السّعى أن يدّعى البغله الّتى عليها أبو الحسن موسى عليه السّلام فأتاه و تعلّق باللّجام و ادّعى البغله فثنى أبو الحسن ع رجله و نزل عنها و قال لغلمانه خذوا سرجها و ادفعوها إليه فقال السّرج أيضا لى فقال ع كذبت عندنا البيّنه بأنّه سرج محمّد بن على و أمّا البغله فإنّا اشتريناها منذ قريب و أنت اعلم بما قلت

هذا تمام الكلام فى مدرك القول بأنّ المدار على قيمه يوم المخالفه و أمّا مدرك سائر الأقوال فمدرك أعلى القيم وجوه الأوّل ظهور الصّحيحه فإنّ قوله ع يوم خالفته بيان لأنّ المخالفه موجبه للضّمان و المفروض أن كلّ ما كان الشّى ء تحت سلطنه الغاصب فالغاصب خالف المالك فيه

و لا موجب لأن يكون القيمه ملحوظه فى أوّل حدوث المخالفه بل إذا فرض قيمه العين فى يوم أعلى من سائر الأيام فيضمنها الغاصب و إن تنزّلت بعد ذلك أو لم يكن بهذا المقدار فى أوّل الأيام و لامتناع اجتماع الضّمانات لعين واحده يدخل الأدنى تحت الأعلى و ينحصر الأعلى الثّانى ما تقدم من أنّ تفاوت الرّغبات أيضا كالصّفات يدخل تحت الضّمان الثّالث ما ذكره المصنف قدّس سرّه من أنّه إذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها فلا إشكال فى ضمان الأعلى بناء على الاعتبار بيوم التّلف فكذلك إذا حيل بينهما و بين المالك حتّى تلفت فيضمن الأعلى و لو تنزّلت يوم التّلف لكون الغاصب منع المالك عن التصرّف فى اليوم الّذى ارتفعت قيمتها الرّابع قاعده نفى الضّرر

و لكن لا يخفى أنّ هذه الوجوه كلّها تقتضى عدم الفرق بين ردّ العين و بين تلفها مع أنّهم لا يلتزمون بذلك و لو قيل بأنّ ضمان الأعلى مشروط بالتّلف لقلنا بأنّ هذا يمكن بناء على الوجه الأوّل و الثّالث و أمّا الثّانى و الرّابع فلا وجه لتقدير التّلف فى العين بل نفس تلف الوصف كاف لثبوت ضمانه على الغاصب هذا مع أنّ التمسّك بقاعده الضّرر لا وجه له فى مثل المقام لأنّ نفى الضّرر حاكم على الأدلّه المثبته للتّكاليف و ليس مثبتا لحكم يرفع به الضّرر فالحكم بوجوب دفع الأعلى حتى لا يرد الضّرر لا يستفاد من لا ضرر و أمّا مدرك يوم الدّفع فمن وجوه أيضا

الأوّل الصّحيحه فإنّ قوله ع يوم ترده عليه ظاهر فى أنّ المدار على يوم الردّ و فيه ما تقدّم من عدم الدلاله و حكى عن صاحب الجواهر أنّ لفظ يوم ليس فى نسخه التّهذيب المصحّحه فبناء عليه عدم الدلاله على يوم الدّفع فى غايه الوضوح و لكن ما أفاده معارض أوّلا بنسخ الكافى الّذى روى التّهذيب عنها فإنّ لفظ يوم موجود فيها كما هو موجود فى الوسائل و غيره و ثانيا فى مقام الدّوران بين الزياده و النقصان التّرجيح مع عدم الزّياده و لا ينافى ذلك اشتراك كلّ منهما فى الأصل العقلائى و هو أصاله عدم الغفله لأنّ الغفله بالنّقص أقرب إلى الإنسان من الغفله بالزياده فإنّ زياده الرّاوى من عند نفسه فى غايه البعد و ثالثا مقتضى القواعد العربيّه لو لم يكن لفظ يوم أن يقال تردّها عليه لانحصار المرجع فى القيمه و هذا بخلاف ما إذا كان لفظ يوم فى العباره فإنّ مرجع الضّمير هو البغل لعدم إمكان إرجاع الضّمير إلى القيمه لأنّه لا معنى لأن يقال عليك قيمه ما بين الصّحه و العيب يوم تردّ القيمه لأنّه ليس للقيمه قيمه يوم الردّ

الثّانى قوله ص على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى بناء على ما استظهرناه منه من أنّه ظاهر فى استقرار نفس المأخوذ فى عهده الآخذ و تلفه لا يقتضى انقلابه إلى القيمه بل يبقى المال غير متقدّر بالقيمه إلى يوم الأداء الثّالث تسالم الأصحاب على صحّه المصالحه بين التّالف و أى مقدار من القيمه و لو كان التّلف موجبا للانقلاب إلى القيمه لم تصحّ المصالحه إلّا على مقدار ما يساوى قيمه التّالف و إلّا لزم الرّبا فعدم ملاحظه أحكام الرّبا كاشف عن أنّ العوضين ليسا متجانسين

و أمّا مدرك القول بيوم التّلف فهو الأخبار الوارده فى باب الرّهن و العتق أمّا الأوّل ففى الوسائل عن أبى حمزه سألت أبا جعفر ع عن قول علىّ عليه السّلام يترادان الفضل فقال كان علىّ ع يقول ذلك قلت كيف يترادان فقال إن كان الرّهن أفضل ممّا رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه و إن كان لا يسوى ردّ الرّاهن ما نقص من حقّ المرتهن قال و كذلك كان قول علىّ ع فى الحيوان و غير ذلك

و فيه أيضا عن إسحاق بن عمّار

سألت أبا إبراهيم ع عن الرّجل يرهن الرّهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم فيهلك على الرّجل أن يردّ على صاحبه مائتى درهم قال نعم لأنّه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعه قلت فهلك نصف الرّهن قال على حساب ذلك قلت فيترادّان الفضل قال نعم فهذان الخبران يدلان على أمرين

الأوّل أنّ القيمى بمجرّد التّلف ينتقل إلى القيمه الثّانى أنّه يحتسب التّالف قهرا فى مقابل الدّين و التّهاتر القهرى لا يمكن إلّا بالانتقال إلى القيمه فى يوم التّلف و إلّا كان على الرّاهن أن يؤدّى الدّين و يأخذ حقّه من المرتهن إمّا بقيمه يوم الإتلاف أو يوم الدّفع أو أعلى القيم أو يوم التّفريط لو كان غير يوم التّلف و حملهما على الاحتساب بالتّراضى لا شاهد له لا سيّما الأخير فإنّ ذيله و هو قوله ع على حساب ذلك يدلّ على أن مجرّد التّلف يوجب فراغ ذمّه الراهن بمقدار ما تلف بتفريط المرتهن

نعم لا بدّ من حملهما على أنّ الرّهن قيميّ لا مثلى و أنّ الدّين من النّقدين و لا بعد فيه كما يدلّ عليه ذيل الخبر الأوّل حيث قال ع و كذلك كان قول على عليه السّلام فى الحيوان و لو نوقش فيهما ففى الباب أخبار صريحه فى السّقوط كقوله ع و إن كان الرّهن سواء فليس عليه شى ء و قوله ع و إن كان الرّهن يسوى ما رهنه فليس عليه شى ء و فى خبر آخر و إن كان الرّهن يسوى ما رهنه عليه فالرّهن بما فيه أى الرّهن بدل عن الدّين

و أمّا الثانى فعن عبد الرّحمن عن أبى عبد اللّه ع عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى فقال ع نعم يؤخذ منه بقيمته يوم أعتق و فى معناه روايات أخر و استدلّوا أيضا بالأخبار الوارده فى باب الإجاره و لكن لا يخفى ما فى الجميع فإنّها وارده فى باب الإتلاف و لو فرض أنّ إطلاق أخبار الرّهن يشمل صوره التّلف فلا بدّ من حمله على صوره التعدّى و التّفريط و إلّا فليس المرتهن ضامنا عند التّلف و موضوع البحث هو صوره التّلف و لا دليل على اشتراكهما فى الحكم

هذا مع أن يوم الإتلاف و التعدّى فى باب عتق شقص من العبد و فى مسأله الرّهن و الإجاره هو يوم المخالفه غالبا فإنّ يوم التعدّى و التّفريط الّذى هو يوم المخالفه هو اليوم الّذى يتلف الرّهن فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ كون المدار على يوم المخالفه هو أقوى الأقوال و بعده يوم الدّفع بل لا يبعد أن يقال إنّ المتفاهم بحسب العرف و العاده كون اليد و الاستيلاء على العين سببا لتقدير القيمه و كون العين بماليّتها الغير المتقدّره فى عهده الضّامن ليس أمرا ارتكازيا لأنّ المال عند العرف هو المقدر بالقيمه

هذا مع أنّ حكمهم بجواز مطالبه المالك لقيمه العين فى صوره تعاقب الأيدى مع إمكان مطالبته ممّن يكون العين تحت استيلائه ظاهر فى أنّ الغصب سبب لتحقّق الضّمان فعلا بقيمه المغصوب و إلّا لم يكن وجه لجواز مطالبته من الغاصب الأوّل مع وجود العين فى يد الغاصب الثّانى بل لا يمكن الجمع بين عدم فعليّه الضّمان إذا كان العين موجوده و لم يتمكّن الغاصب من ردّها إلى مالكها و بين القول بوجوب بدل الحيلوله مع أنّ القول بيوم الدّفع بناء على كون العين فى الذمّه يقتضى ضمان منافعها أيضا و الظّاهر بل المتيقّن عدم التزامهم به فيكشف عن أنّ المدار على زمان وضع اليد على العين

و كيف كان فالمسأله مشكله و الالتزام بآثار الأقوال أشكل كما سيظهر ذلك إن شاء اللّه

فينبغى لتوضيح جميع ما تقدم من التّنبيه على أمور

الأوّل قد يتخيّل فی بادی النّظر التّنافی

بين ما تسالم عليه المشهور من صحه المصالحه

على المال التّالف بأىّ مقدار من الدّرهم أو الدّينار و بين قولهم بيوم التّلف لأنّه لو كان المال منتقلا إلى القيمه يوم التّلف فالمصالحه على العين لا وجه له بل قد يتّفق مضافا إلى ذلک صيروره المعامله ربويّه فالمصالحه عليها إنّما يصحّ على القول بيوم الردّ كما تقدّم أنّه أحد الوجوه الدالّه عليه و لكنّه يمكن الجمع بينهما بأن يكون مقتضى الأصل هو يوم الدّفع و مقتضى الدّليل هو يوم التّلف بمعنى أنّ القائل بيوم التّلف لا يقول بانتقال العين فى يوم التّلف إلى القيمه حتّى لا يصحّ المصالحه عليها بل يلتزم ببقاء المال غير متقدّر بالقيمه إلى يوم الدّفع و لكن يوم الدّفع إذا قدّر بالقيمه يقدر بقيمه يوم التّلف للأدلّه الدالّه على تعيين قيمه ذاك اليوم و نظير ذلک اجتماع الضّمان يوم المخالفه مع بقاء العين فى ذاک اليوم فإنّ معنى كون المدار على يوم المخالفه ليس بمعنى انتقال العين إلى القيمه فى ذاک اليوم و لا بمعنى اجتماع ضمان العين و القيمه معا بل معناه أنّ يوم التّلف يقوم بقيمه يوم المخالفه

نعم مقتضى ذلک أن يكون القول قول المالک عند الاختلاف سواء قلنا بقيمه يوم المخالفه أو يوم التّلف و لا يختصّ بما إذا قلنا بقيمه يوم الدّفع لأنّ الشکّ بناء على كون العين بماليّتها الغير المتقدّره فى الذمّه يرجع إلى الشکّ فى الخروج عن العهده لا إلى الشکّ فى الاشتغال فإنّ رجوع الشکّ إليه إنّما يصحّ بناء على الانتقال إلى القيمه

الثّانى قد تقدّم أنّ تلف الوصف أيضا كتلف العين موجب للضّمان

و هذا من غير فرق بين الأوصاف الخارجيّه كوصف الصحّه و الكتابه و السّمن و نحو ذلک و الأوصاف الاعتباريّه ككون الشّى ء فى زمان كذا أو مكان كذا فإنّه ممّا يزيد فى ماليّه المال و ليس كتفاوت الرّغبات و قلّه المال أى فرق بين نقصان القيمه السّوقيّه و نقص القيمه الحاصل باختلاف الزّمان و البلاد فلو ردّ العين فى غير هذا الزمان أو المكان وجب تدارک نقص قيمتها و بناء عليه يجب ردّ النّقص الخاص لا ردّ قيمه آخر الأزمنه أو الأمكنه الّذى يخرج العين فيه عن القيمه لأنّه لو كان للزّمان أو المكان خصوصيه فلا وجه لتدارک قيمه قبيل خروج العين عن الماليّه فلو نقل الماء عن مفازه الحجاز إلى محلّ آخر للماء قيمه فيه أيضا وجب تدارک النّقص

نعم نقصان القيمه السوقيّه بناء على القول بوجوب تداركه مختصّ بما إذا تلف العين لا مطلقا و ذكرنا أنّ هذا ينافى القول باعتبار الأعلى لأنّ القول به معناه إلحاق القيمه السّوقيّه بسائر الصّفات فاعتبار تلف العين فيه مشكل

الثّالث لو تعذّر الوصول إلى العين فهل حكمه حكم التّلف

اشاره

قولان المشهور ذلک و تبعهم المصنف قدّس سرّه

فقـال ثم إنّ فى حكم تلف العين فى جميع مـا ذكر من ضـمان المثـل أو القيمه حكم تعـذّر الوصول إليه و إن لم يهلـك كما لو سرق أو غرق إلى آخره

لا يخفى أنّه يسمّى هذا الضّمان ببدل الحيلوله

و توضيح ذلك يتوقّف على بيان أمور

الأوّل فى تنقيح مورده

و هو على ما يستفاد من كلمات الأعلام صرف التعذّر لا التّلف و ما بحكمه كما إذا خرج المال عن الماليّه شرعا أو سرق و لم يعرف السّارق بحيث لا يتمكّن من ردّه إلى مالكه عاده و نحو ذلك ممّا يعدّ تالفا عرفا كما فى الغرق و نحوه فإنّ فى هذه الموارد لا يضمن إلّا قيمه المال أو مثله لا بدل الحيلوله

نعم فى بعض الموارد يشكّ أنّه من مصاديق التعذّر أو التّلف كما لو غرق و لم يحصل اليأس من الوصول إليه فالأولى تأسيس الأصل فى المسأله ثم بيان موارد الغرامات الّتى يكون التعذّر منها ثم بيان أقسام التعذّر أمّا الأصل فى المسأله

فقد يقال إنّ مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت حتّى تؤدى أن يكون المال بجميع خصوصياته الشّخصيه و المثليّه و الصّفات و الماليّه و السّلطنه عليه فى عهده الضّامن بمجرّد وضع اليد عليه خرج منه صوره ردّ العين إجماعا فيبقى الباقى فيشمل صوره التّلف و ما بحكمه و صوره التعذّر بأقسامه لأنّه لو كان المال بماليّته و خصوصيّته فى عهده الغاصب مشروطا بعدم ردّه فإذا لم يمكن ردّ عينه فللمالك مطالبه بدله سواء صدق التّلف أو التعذّر أم لم يصدق خرج المال عن القيمه أم لم يخرج كان التعذّر عقليا أم عرفيا كان زمانه قصيرا أم طويلا حصل اليأس من العين أم لم يحصل

و قد يقال كما هو المتبادر بدوا أنّ عموم على اليد لا يقتضى إلّا ضمان ماليّه المال عند التّلف لا ضمان شخص المال فضلا عن توابعه إلّا بمعنى ردّه تكليفا فكون العين تحت سلطنه المالك ليس ممّا يدخل تحت ضمان الغاصب حتى يجب أن يخرج عن عهده ذلك مع بقاء العين فثبوت البدل عند التعذّر و إلحاقه بالتّلف يتوقّف على دليل ثم بناء على هذا يصير الأصل على عكس الأصل بناء على الأوّل لأنّه إذا شكّ فى صدق التّلف أو التعذّر فالأصل براءه ذمّه الغاصب و من بحكمه

و أمّا موارد الغرامات فأربعه الأوّل التّلف الحقيقىّ الثّانى تلف جميع الانتفاعات فى جميع الأزمنه و هذا على قسمين قسم يخرج العين فيه عن الملكيّه و لا يبقى إلّا حقّ الاختصاص كصيروره الخلّ خمرا و الدّهن نجسا بناء على عدم جواز الانتفاع بهما أصلا أو عدم الانتفاع المعتدّ به و قسم لا تخرج فيه عن الملكيّه كما إذا انكسرت المرآه أو الظّروف الصّينيّه و نحوهما الثّالث تلف بعض الانتفاعات الّذى ليس ممّا يتقوّم به الملكيّه فى جميع الأزمنه كما لو صار الحيوان موطوءه فإنّه لم يتلف منه إلّا الانتفاع به دائما فى بلد الوطى لا فى سائر البلاد الرّابع تلف جميع الانتفاعات فى بعض الأزمنه كاللّوح المنصوب فى السّفينه الّذى يخاف بنزعه على النّفس المحترمه و لو كان هو الغاصب أو تلف مال غير الغاصب

و لا شبهه فى أنّ الثّانى ملحق بالأوّل فإنّه فى حكم التّلف إمّا شرعا أو عرفا و أمّا الثّالث فلو لا الدّليل على الضّمان لكان مقتضى القواعد العامّه عدمه لعدم فوت معظم الانتفاعات و أمّا الرّابع فهو مورد البحث فى ثبوت بدل الحيلوله و عدمه و على أىّ حال بدل الحيلوله لا يقتضى دخول المبدل فى ملك الضامن فإنّه غرامه عن المبدل لا أنّه عوض عنه

فتفصيل المصنف بين غرامه الحيوان بالوطى و سائر الغرامات حيث اختار دخول الحيوان فى ملك الغارم دون غيره لا وجه له لأنّ وجوب الغرامه لو اقتضى ملكيّه المتدارك من باب عدم إمكان الجمع بين العوض و المعوّض لاقتضى فى الجميع و لو لم يقتض ذلك لا يقتضى فى الجميع و توهّم أنّه إذا خرج الحيوان عن ملك المالك فلا بدّ أن يدخل فى ملك الغارم و إلّا يبقى الملك بلا مالك فاسد

أمّا أوّلا فلأنّه لا موجب لخروجه عن ملك المالك فإنّ الغرامه ليست عوضا حتى يقتضى دخولها فى ملك المضمون له خروج العين الّتى وجب على الضّامن غرامتها عن ملكه و أمّا ثانيا فلأنّ خروجها عن ملكه لا يقتضى دخولها فى ملك الغارم لإمكان دخولها فى بيت المال إلّا أن يقال إنّ تفصيل المصنف مستفاد من نفس الرّوايه الدالّه على غرامه الحيوان فإنّ قوله ع يغرم ثمنه ظاهر فى أنّ الحيوان بالوطى يدخل فى ملك الواطئ فإنّ التّعبير بالثمن

إنّما هو لبيان ذلك

و أمّا أقسام التعذّر فأصولها أربعه الأوّل أن يكون لسرقه المال المضمون مع معرفه السّارق أو لإباق العبد و حاصله ما تمكّن الضّامن من ردّه ذاتا و إنّما تعذّر لعارض خارجيّ الثّانى أن يكون لعدم التمكّن خارجا كالرّطوبه الباقيه على أعضاء الوضوء الثّالث أن يكون لخروج المال بالردّ عن الماليّه كالخيط المغصوب الّذى خيط به الثوب فإنّه قد يكون إخراجه من الثوب مفضيا إلى التّلف الرّابع أن يكون لخلطه بمال آخر و لا يخفى أن بدل الحيلوله إنّما يجرى فى القسم الأوّل دون غيره و سنشير إلى ذلك إن شاء اللّه

الأمر الثانى فى الأدلّه الّتى أقاموها على لزوم بدل الحيلوله

و هى أمور الأوّل قاعده لا ضرر و فيه أن هذه القاعده كقاعده لا حرج إنّما تكون حاكمه على الأحكام الثّابته فى الشّريعه الشّامله بإطلاقها لمورد الضّرر فكلّ مورد استلزم من تشريع الحكم فيه ضرر على المكلّف فهذا الحكم مرفوع و أمّا الحكم الغير الثّابت الّذى يلزم من عدم ثبوته ضرر على شخص فبقاعده لا ضرر لا يمكن إثباته لأنّ القاعده ناظره إلى نفى ما ثبت من الأحكام الشّرعيّه و عدم حكم الشّارع بالضّمان ليس من الأحكام المجعوله فى الشّريعه الثّانى أن فيه جمعا بين الحقّين بعد فرض رجوع البدل إلى الضّامن

و فيه أنّه لو ثبت حقّ للمالك على الضّامن مع بقاء عين ماله لكان دفع القيمه إليه ما دام العين خارجه عن تحت استيلائه جمعا بين الحقّين و هذا يتوقّف على كون مجرّد وضع اليد على العين مع بقائها موجبا لتعلّق حقّ فعليّ بالبدل للمالك على الغاصب و هذا ممّا لا يلتزم به أحد حتى بناء على القول بأنّ المدار فى القيمى على يوم المخالفه لأنّه ليس معناه فعليه الضّمان بالقيمه و العين بل فعليّته بالنّسبه إلى القيمه مشروطه بالتّلف غايه الأمر أنّه يلاحظ قيمه يوم المخالفه و أمّا بدون تلف العين فلا حقّ له إلّا على العين الثّالث عموم النّاس مسلّطون و فيه أنّه لا سلطنه له إلّا على العين و عموم السّلطنه لا يثبت الصّغرى الرّابع كون الغاصب حائلا بين المالك و ملكه

و فيه أنّ الحيلوله ليست من موجبات الضّمان مستقلّا إلّا إذا دخل تحت اليد أو الإتلاف و المفروض أنّ قاعده اليد لا تقتضى ردّ البدل مع عدم التّلف و المفروض عدم الإتلاف الخامس أنّه فوت سلطنه المالك فيجب عليه تداركها و فيه أنه ليس للمالك إلّا الملك و أمّا السّلطنه عليه فهى من أحكام الملك فلا معنى لتعلّق الضّمان بها و هذا مراد المحقّق الثّانى الّذى هو ترجمان الفقهاء من قوله جعل القيمه فى مقابل الحيلوله لا يكاد يتّضح معناه

و حاصل إشكاله أن مجرّد منع الضّامن عن أعمال المالك سلطنه فى ماله و حيلولته بينه و بين ماله لا يوجب أن يكون القيمه واجبه عليه إلّا أن يقال ليس المراد من السّلطنه الّتى التزم المصنف قدّس سرّه بتداركها هى الحكم الشّرعى بل المراد هى الجده الاعتباريّه فالبدل بدل لهذه الجده الّتى هى عباره عن كون المال تحت استيلاء المالك يتقلّب فيه ما يشاء و يتصرّف فيه ما يريد بل قيل هذه هى الّتى تقع متعلّقه للإجاره فى مثل الدّار و الدّكان فإنّ الأجره تقع بإزاء كون العين تحت يده فإذا كان الضّامن

سببا لتفويت هذه الخصوصيّه على المالك وجب عليه تداركها و هو لا يتحقّق إلّا بأداء ما هو بدل المال من المثل أو القيمه حتّى يتصرف المالك فيه على مشيّته

و فيه أنّ مقتضى ذلك إمّا ضمان المنافع أو التّفاوت بين كون العين تحت استيلائه و بين كونها خارجه عنه لا بدلها فإنّ المالك و إن لم يقدر على جميع أنحاء التقلّبات فى ماله

بواسطه الحيلوله إلّا أنّ هذا لا يقتضى إلّا ضمان المنافع أو النّقص فإمّا يستحقّ أجرته أو أرشه فالأولى الاستدلال له بما أشرنا إليه فى صدر المبحث و هو أن على اليد يقتضى كون الضّامن ضامنا للمأخوذ بجميع خصوصياته الشخصيّه و النّوعيّه و الماليّه و الصّفات و السّلطنه فإذا كان ماليّته فى عهدته فإطلاقه يقتضى عدم الفرق بين أن يكون التعذّر دائميا أو موقتا

نعم يرد عليه أنّ مع بقاء العين لا وجه لدخول ماليّه المال فى عهده الآخذ بل تعلّق الضّمان بماليّته إنّما هو فى طول تعلّق الضّمان بالعين فإنّ ظاهر الحديث أنّ نفس المأخوذ فى عهدته غايه الأمر أنّ وجوب الردّ حيث إنّه ليس حكما تكليفيّا محضا يقتضى أداء ما هو هو عند التّلف إلّا أن يقال إنّه بمناسبه الحكم و الموضوع يستفاد عرفا من الحديث الشّريف أنّ الآخذ إمّا يجب عليه ردّ المأخوذ بشخصه و إمّا ما يصدق عليه أنّه أداء له ما لم يتمكّن من ردّ شخصه و لا يرى العرف فرقا بين التّلف و التعذّر من حيث دلاله الحديث فإنّ استقرار العين فى عهده الضّامن يقتضى أن يخرج من تبعات ماليته

نعم إذا كان زمان التعذّر قصيرا جدا فليست هذه المناسبه متحقّقه كما أنّه لا يصدق الضّرر أيضا

الأمر الثّالث هل المدار فى التعذّر على التعذّر المسقط للتّكليف

بردّ العين أو الأعمّ منه و من التعذّر العرفى وجهان مبنيان على ما تقدّم من الاختلاف فى تقريب الأصل فى المسأله

و لكن مقتضى الأدلّه عدم الفرق بين الصّورتين فإنّ فوت سلطنه المالك و الضّرر عليه مشترك بينهما ففى مورد التعذّر العرفى و إن وجب على الضّامن السّعى فى تحصيل العين إلّا أنّ هذا لا ينافى وجوب البدل فى زمان السّعى و لا وجه لإجراء استصحاب عدم تسلّط المالك الّذى كان قبل التعذّر فإنّه محكوم بإطلاق على اليد و عموم السّلطنه و قاعده لا ضرر و غير ذلك من الأدلّه الّتى أقاموها على ثبوت البدل و استحقاق المطالبه

كما أن مقتضى الأدلّه أيضا عدم الفرق بين العلم بحصول العين و اليأس منه و رجائه و لا وجه لاختصاصه بمورد اليأس و ليس دليل بدل الحيلوله لبيّا حتى يكون المتيقّن منه صوره اليأس ثم لا يخفى أنّ جهه البحث فى التعذّر العقليّ أو العادى غير جهه البحث فى تقييد التعذّر بمورد اليأس أو إطلاقه لأنّ اليأس من الحصول قد لا يوجب سقوط التّكليف لعدم كونه متعذرا عقلا كما أنّ العلم بوجدانه فيما بعد أو رجاء وجدانه قد يوجب سقوط التّكليف فعلا لكونه متعذّر الحصول عقلا فى هذا الحال إمّا للمنع الشّرعى الّذى هو كالامتناع العقلى كما فى اللّوح الّذى يوجب نزعه تلف النّفس المحترمه أو مال غير الغاصب و إمّا للمنع الخارجيّ التكوينيّ فكل من مورد اليأس و العلم قابل لتقسيمه إلى التعذّر العقليّ و العرفى كما أنّ طول الزّمان و قصره أيضا قابل لتقسيمه إليهما و إلى اليأس و العلم

فما أورده السيّد قدّس سرّه فى حاشيته بعد قول المصنف ثم الظّاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتّكليف بقوله لا يخفى أنّ هذا ليس مطلبا آخر بل هو نفس الوجه الأخير الّذى أيّده بأن فيه جمعا بين الحقين كما أنّ تعبير البعض بالتعذّر هو نفس الوجه الأوّل و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار غير وارد فتدبر و كيف كان لو قلنا بأنّ المالك يستحقّ المطالبه بالبدل من الضّامن

بمجرّد أخذ المبدل غايه الأمر أنّه مشروط بالتلف أو التعذّر فلا فرق بين أقسام التعذّر إلّا أن يكون زمانه قصيرا جدا

الأمر الرابع فى الأحكام المتفرّعه عليه بعد ثبوته و هى فى ضمن مسائل

الأولى هل البدل ملک للمالک أو مباح له وجهان

و الأقوى كونه ملكا له لأنّه لو ثبت للمالك حق فى أخذه البدل فهو ملك له و لو لم يثبت فلا يباح له أيضا و الالتزام بالإباحه حتى لا يجتمع العوض و المعوّض فى ملك المالك لا موجب له لأنّه يمكن أوّلا الالتزام بكون العين المتعذّر ردّها ملكا للضامن كما اختار ذلک صاحب الجواهر قدّس سرّه فى بعض أقسام التعذّر كالخيط الّذى برده يتلف أو يتلف المخيط و الرّطوبه الباقيه على أعضاء الوضوء و اختار ذلک السيد المحشى قدّس سرّه فى جميع أقسام التعذّر بل فى التّلف الحقيقىّ و هذا و إن لم يستقم كما سيجى ء وجهه إلّا أنّه يرفع إشكال الجمع و ثانيا وجوب البدل ليس إلّا من باب الغرامه لا المعاوضه فإذا كان كلّ واحد من البدل و العين المتعذّر ردّها ملكا للمالک فلا محذور فيه لأنّ اجتماعهما كاجتماع الأرش و العين المعيبه

و لكن الصواب أن يقال لو كان البدل بدلا عن الماليّه بأن استفدنا وجوبه عن عموم على اليد فهو ملك للمالک و لو كان بدلا عن السّلطنه الفائته فمقتضاه كونه مباحا له كالإباحه فى المعاطاه لأنّ ما فات عن المالك هو آثار الملك و هى التصرّف و التقلّب فيه كيف شاء فلا بدّ أن يقام مقامه ما جاز للمالک التصرّف فيه حتّى المتوقّف على الملك كما كان له السّلطنه على عينه قبل التعذّر و مقتضى ذلک هو الإباحه المطلقه و الالتزام بالملكيه آنا ما فى التصرّف المتوقّف على الملك لا الملكيه من أوّل الأمر

و كيف كان لم يجتمع عند المالک العوض و المعوّض و لا البدل و المبدل لأنّ الغرامه لو كانت مباحه له كانت بدلا عن السّلطنه الفائته و لو كانت ملكا له فهى بدل عن ماليه ماله الّتى فاتت منه زمان التعذّر

الثانيه هل البدل بدل للعين دائما أو ما دام التعذّر

أو ما لم يردّ العين أو تفصيل بين القول بالملكيه و الإباحه وجوه و الأقوى كونه موقّتا مطلقا فيعود إلى ملک الغارم أو إلى تحت سيطرته بعد التمكّن أو بعد ردّه العين على الوجهين الآتيين و ذلک لأنّ من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أن الحيلوله أو التعذّر موضوع للحكم بوجوب الغرامه و عنوان له لا أنّه علّه له حتى يمكن أن تبقى الغرامه للمالک دائما لاحتمال كون حدوثه آنا ما كافيا لبقائها له أبدا كما فى مسأله التغيّر الّذى هو عله لثبوت النّجاسه فى الماء لا عنوانا للموضوع بل لو شكّ فى كونه عنوانا أو علّه لكفى فى عدم جريان استصحاب بقاء حقّ المالک

و بالجمله بعد التمكّن أو بعد ردّ العين لا وجه لبقاء الغرامه فى ملک المالک أو تحت سلطانه فإنّها و إن لم تكن عوضا بل كانت إمّا بدلا عن السّلطنه أو بدلا عن الماليّه إلّا أن بدليّتها كانت موقّته لا دائميّه إلّا أن يقال إنّها لو كانت بدلا عن السّلطنه فحيث إنّها كانت بدلا عن السّلطنه الفائته الّتى لا ترجع إلى المالک أبدا فتبقى هذه أيضا على البدليّه دائما بل يمكن أن يقال أيضا بالملكيه الدّائميّه على القول بالملک من جهه عدم ثبوت الملک الموقّت فى الشرع

و لكن الحقّ عدم إمكان الالتزام بالسّلطنه الدّائميّه و لا بالملكيه كذلک و لا يجرى الاستصحاب على الوجهين أمّا بناء على بدليّتها عن السّلطنه فلأنّ مقدار ما فاتت من السّلطنه تتدارک بالغرامه فإذا عادت فتعود الغرامه أيضا إلى الغارم و أمّا بناء على كونها بدلا عن الماليّه فلأنّ القول بأنّ الملكيه الموقّته غير ثابته فى الشرع غير مسموع لأنّ ثبوتها كذلک لم يقم برهان على

امتنـاعه إلّا فى البيع لقيـام الإجمـاع على بطلاـنه كـذلك فإذا اقتضـى الـدّليل التوقيت فى غير البيع فيتبع هـذا مع أنّ فى الأوقاف الخاصّه الملك للبطون ليس دائميا

الثالثه هل العين الّتى يجب على الضّامن

غرامتها ملک للضّامن مطلقا أو باقيه فى ملک المالک مطلقا أو تفصيل بين الغرامات وجوه قد تقدّم أنّ کلّ مورد دلّ الدّليل على کون الغرامه ثمنا فيستکشف منه أنّ وجوب دفع الغرامه من باب المعاوضه الشّرعيّه القهريّه و ما لم يقم دليل عليه فلا موجب لدخول العين فى ملک الغارم من غير فرق بين التعذّر بأقسامه و التّلف الحقيقىّ و العرفىّ و جريان الربا فيها لا يدلّ على کون الغرامات من باب المعاوضه إلّا إذا قلنا بالتّلازم بينهما و بناء عليه لا نلتزم بجريان الرّبا فيها فإنّ عدم صحّه ردّ الزّائد أو الناقص فى المکيل أو الموزون و بدلا عن التّالف أو المتعذّر ليس اتّفاقيا و بناء على ثبوت الاتّفاق ليس اختصاص الرّبا بالمعاوضات اتّفاقيّا

و بالجمله الغرامه لا معاوضه مالکيّه و لا شرعيّه قهريّه فإنّ الدّليل الدالّ على الضّمان لا يقتضى کون العين ملکا للضّامن سواء صارت تالفه حقيقيّه أم عرفا کما إذا خرجت عن قابليه الانتفاع بها کالأوانى المکسوره و الماء المصبوب على أعضاء الوضوء أو شرعا کما إذا صار الخلّ خمرا أو صارت متعذّره کمورد بدل الحيلوله بل فى التّلف الحقيقىّ لا يعقل دخول التّالف فى ملک الضّامن و للقطع باتّحاد الحکم فى جميع موارد الغرامات نحکم بعدم دخول المبدل فى ملکه مطلقا بل يبقى فى ملک مالکه و ذلک لأنّ فى التّلف الحقيقىّ إمّا أن يقال بدخول التّالف فى ملکه قبل التّلف أو بعده فلو قيل بدخوله قبله کدخوله فى تلف المبيع قبل قبضه آنا ما فى ملک البائع و کذلک فى المعاطاه

ففيه أوّلا أنّه يلزم تقدّم المعلول على علّته بيان الملازمه واضح فإنّ التّلف علّه للغرامه و الغرامه علّه لدخول التّالف فى ملک الغارم فکيف يدخل فى ملکه قبل التّلف الّذى هو علّه لعلّته و القول بأنّ فى الرّتبه السّابقه على التّلف يقدر التالف ملکا للضّامن لا فى الزّمان السّابق عليه لا يستقيم لامتناع التقدّم الرّتبى أيضا و ثانيا أنّ هذا يقتضى التقدير فى التّلف الحکمى و التعذّر بأقسامه فيلزم أن يکون التعذّر بنفسه موجبا لملکيّه المتعذّر للغارم و لازم ذلک أن تکون منافعه قبل أداء الغرامه له و لا أظنّ أن يلتزم به أحد و لو کان بعده فدخول المعدوم فى الملک أمر لا يعتبره العقلاء و فرضه موجودا لا يجعله موجودا مع أنّه بلا موجب

و بالجمله حيث إنّ الغرامه سادّه للثّلمه الّتى وردت على ملک المالک فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول عين المالک فى ملکه لأنّها ليست بدلا عن نفس العين فبقاء العين فى ملک المالک لا يقتضى الجمع بين العوض و المعوّض و لا المبدل ثم إنّ مقتضى ذلک أنّه لو خرج العين عن قابليه التملّک کما إذا صار الخلّ خمرا کان المالک أولى من الضّامن به و يبقى حقّ الاختصاص له

و لا يقال لم يکن له حق الاختصاص فى عرض الملک لأن لکلّ منهما موردا مستقلا و لا يجتمعان فى مورد واحد حتى يبقى أحدهما بعد زوال الآخر فإذا زالت الملکيّه فإمّا يلحق بالمباحات الأصليّه فهو لکلّ من سبق إليه و إمّا للغاصب لکونه فى يده و على أىّ تقدير فثبوت الأولويّه للمالک مشکوکه لأنّها جديده تتوقّف على سبب و الأصل عدمه

لأنّا نقول ليس الحق أمرا مغايرا للملک بل هو من شئونه و مراتبه الضّعيفه المندکّه تحت القوى لأنه عباره عن إضافه خاصّه بين المستحقّ و المستحقّ عليه و هى حاصله للمالک و محفوظه فى جميع الحالات المتوارده على الملک فهى کالهيولى لا تزول بزوال الصّور النوعيّه فإذا صار الخشب رمادا لا يزول عنه إضافه المالک بل قد لا تزول الصوره کالماء الخارج

عن المفازه و الجمد الباقى من الصّيف إلى الشّتاء و لا يصحّ قياس الملك و الحقّ على الوجوب و الاستحباب لأنّهما متغايران بالملاك و لكلّ منهما مصلحه مستقلّه فإذا نسخ الوجوب لانتهاء مصلحته فلا تبقى مرتبه ضعيفه من الطّلب حتى يبقى الاستحباب فإنّه يحتاج إلى ملاك مستقلّ و الجامع الطّلبى لا يكفى للحكم بالاستحباب و لذا عدّا حكمين متضادّين

نعم لو أحرزنا ملاك الاستحباب فى ضمن ملاك الوجوب لقلنا ببقائه بعد نسخ الوجوب ثم إنّ هنا قولا بالتفصيل بين من كان يده يدا تبعيّه كيد الوكيل و الودعى و المرتهن و كلّ يد أمانيّه فحقّ الاختصاص للمالك و من كان يده يدا استقلاليّه كالغاصب و الآخذ بالعقد الفاسد فهو له و لكن الأقوى ما عرفت من بقاء حقّ الاختصاص للمالك مطلقا لكونه من مراتب الملك بل لو قيل بأنّه من أحكام السّلطنه و آثارها فهو له أيضا لأنّه إذا كان من آثار السّلطنه على الشّى ء ثبوت حقّ الاختصاص فيه فهذا غير قابل للزّوال بزوال الملكيّه

نعم لو قيل بأنّ الحق و الملك متغايران ذاتا و موردا فيجى ء النّزاع فى أنّه لمن سبق إليه أو للمالك مطلقا أو لمن كان يده يدا استقلاليّه و على هذا لا يجرى استصحاب وجوب الردّ الثّابت سابقا سواء كان هو المتأصّل فى الجعل و الملكيّه أو الحق منتزعه عنه أم كان المجعول هو الملكيّه أو حق الاختصاص و كان وجوب الردّ من أحكامه أمّا على الأخير فواضح للعلم بزوال الملكيّه و الشكّ فى ثبوت حق الاختصاص و أمّا على الأوّل فلأنّ الوصف العنوانى و هو الملك أو الحق له دخل فى وجوب الردّ و ليس الموضوع هو ذات الشّى ء و لا أقلّ من الشكّ فلا مجال لاستصحابه فتأمل

و لكن هذا القول ضعيف جدّا و لا يشهد له الاختلاف فى باب إحياء الموات و هو أنّ من عمّر أرضا خربه تركها أهلها هل ينتفع بها بلا حقّ لصاحبها الأصلى أو مع إعطائه طسقا لأنّ الاختلاف فيه إنّما هو لاختلاف الأخبار فى بقاء الملك على ملك المالك الأصلى فيستحقّ الطّسق أو زواله فلا يستحقّ شيئا و لا تدلّ على عدم بقاء حق الاختصاص لصاحبه الأصلى مع بقاء الملك على ملكه بل من نفس هذه الأخبار يظهر صدق ما ادّعيناه من أنّ الحقّ من مراتب الملكيّه لظهورها فى أنّ من حجر مكانا يستحقّه اختصاصا لا ملكا و إذا عمره يصير ملكا له فيحصل له أوّلا حقّ الاختصاص ثم الملكيّه و لا شبهه فى أنّ الحقّ لا يزول بعد حصول الملك بل يندرج فيه

و كيف كان لا إشكال فى أنّ الخمر إذا صار خلّا عاد إلى ملك المالك اتّفاقا إذا لم يسبقه سابق ثم إنّ ممّا يتفرّع على هذه المسأله عدم جواز المسح بالبلل الباقى على أعضاء الوضوء فإنّ الماء و إن كان تالفا عرفا فيجب على الضّامن بدله إلّا أنّه لم يخرج عن ملك المالك لما عرفت أنّ الضّمان فى حدّ نفسه لا يقتضى دخول المضمون فى ملك الضّامن و لذا لم يلتزم أحد بأنّ الضّامن لدين الغير يملك الدّين و عرفت أنّ جريان الرّبا فى الضّمان لا يلازم كونه معاوضه و لذا ينسب إلى المشهور جريانه فى الضّمان العقدى فقالوا لا يجوز أن يصير الشخص ضامنا لدين فى ذمّه الغير أزيد ممّا فى ذمّته إذا كان مكيلا أو موزونا مع أنهم لا يلتزمون باقتضاء الضّمان المعاوضه مطلقا

اللّهمّ إلا أن يقال بالفرق بين الخمر و الرطوبه الباقيه على أعضاء الوضوء فإنّ الخمر قابل للتّخليل فيبقى حق الاختصاص للمالك أو هو مباح لكلّ من سبق إليه و أمّا الرّطوبه فلا هى مال و لا فيها حقّ اختصاص لعدم إمكان ردّها إلى المالك خارجا و عدم

قابليه الانتفاع بها لغير المتوضّى

و بالجمله الرّطوبه شى ء لا يمكن أن يتعلّق بها وجوب الردّ تكليفا و لا هى فى عهده الضّامن وضعا

لأنّ ما لا يمكن أدائه أبدا لا معنى لأن يتعلّق الضّمان به فإذا خرجت عن المملوكيّه عرفا فلا مانع لأن ينتفع بها من هى على أعضائه فتأمل

الرابعه هل دفع البدل حقّ للضّامن أو المطالبه به حقّ للمالک أو لكليهما

و الأقوى هو الثانى كما اختاره المصنف قدّس سرّه

فقال ثم إنّ ثبوت القيمه مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها فى كون دفعها حقّا للضّامن

و وجهه واضح فإن مجرّد التعذّر لا يوجب انقلاب العين إلى القيمه كما قلنا بذلك فى المثلى المتعذّر مثله فليس للضّامن إلزام المالک بأخذ البدل بحيث لو امتنع منه ردّه إلى الحاكم بل للمالک الإغماض عن الخصوصيّه الشخصيّه و المطالبه بالبدل و له الصّبر لأنّه لو كان العذر أبديّا لم يكن المتعذّر قابلا لأن يتعلق به وضع كما لا يمكن أن يتعلّق به تكليف

و أمّا العذر الموقّت فهو و إن استلزم سقوط الحكم التّكليفى ما لم يتمكّن الضّامن من الردّ و لو بالسّعى فى مقدّماته إلّا أنّه لا وجه لسقوط الخصوصيّه الشخصيّه فالخيار للمالک و هذا من غير فرق بين القول بأنّ البدل بدل عن الماليّه أو عن السّلطنه و القول بأنّه بدل عن كون العين تحت الاستيلاء لأنّ الخصوصيّه الشخصيّه تسقط على جميع التّقادير لا وجه له و مجرّد إراده الضامن تفريغ ذمّته عن تبعات العين من ضمان المنافع و ارتفاع القيمه السّوقيّه و نحو ذلک من نقص الأوصاف لا يقتضى أن يكون حق الدّفع له

الخامسه أنّه لا إشكال فى أنّ الضّامن قبل دفع الغرامه يضمن منافع العين المتعذّره

و لو تلفت يضمن ارتفاع القيمه السّوقيّه بناء على القول بأعلى القيم فإنّ العين فى عهدته بجميع تبعاتها و لا فرق بين ضمان المنافع و ارتفاع القيمه و ما استظهره المصنف من كلام بعض من تعرّض لضمان المغصوب من عدم ضمان ارتفاع القيمه السوقيّه الحاصل بعد التعذّر و قبل الدّفع حيث عطف التعذّر على التّلف ففيه أنّ العطف لا يقتضى الاتّحاد بين المعطوف و المعطوف عليه من جميع الجهات فعدم ضمان ارتفاع القيمه بعد التّلف لا يقتضى عدمه بعد التعذّر و قبل الدّفع

و على أىّ حال فالحق هو ما اختاره قدّس سرّه من اتّحاد حكمهما لو تلفت العين و إنّما الفرق بينهما من جهه أخرى و هى أنّ ضمان ارتفاع القيمه مشروط بالتّلف لأنّه لو ردّ العين فلا يجب غيرها و أمّا المنافع فيضمنها مطلقا

و بالجمله لا إشكال فى أنّه يضمن المنافع و ارتفاع القيمه إنّما الإشكال فى أنّه يضمن كذلک بعد الدّفع أيضا أو يخرج عن عهده جميع ذلک بالدّفع و الأقوى خروجه عن جميع التبعات بعد ما قوّينا أنّ وجوب البدل إنّما هو من باب تدارک الماليّه أو كون العين تحت اليد لأنّه سقط خصوصيّه العين بالتعذّر و أدّى الماليّه فلم يبق فى ذمّته شى ء يستتبع المنافع فيكون هذا نظير ما

إذا أدّى القيمه فى المثلى المتعذّر مثله نعم لو كان وجوبه من باب تدارك السّلطنه فيبقى جميع التبعات على عهدته

السّادسه إذا ارتفع العذر و تمكّن من ردّ العين إلى مالكه وجب الردّ فورا

حتى على القول بالمعاوضه القهريّه الشّرعيّه لأنّ حكم الشّارع بالمعاوضه مترتّب على عنوان التعذّر و يدور مداره و لا يمكن قياس المقام على المثلىّ المتعذّر مثله بعد أداء قيمته حيث قلنا بأنّه لا يجب ردّ المثل بعد التمكّن فإنّهما و إن اشتركا فى أنّ الخصوصيّه العينيّه أو المثليّه غير قابله للإسقاط بنفسها إلّا أنّهما مفترقان فى أنّ المثليّه أمر كلّى تدخل فى الذمّه فإذا أغمض المالك عنها

و لم يصبر إلى زمان تمكّن المثل و طالب الماليّه فيقع كلّ ما أدّاه الضّامن مصداقا لما فى ذمّته و بدلا عن الكلّى

و لا شبهه أنّ كلّ ما وقع بدلا عن الدّين يوجب سقوطه و لو كان من غير جنسه و هذا بخلاف العين الشّخصيّه فإنّها إذا سقط أداؤها بالتعذّر و طالب المالك ماليّتها فوقوع كلّ ما يؤدّيه الضّامن بدلا عن العين يحتاج إلى معاوضه مالكيّه أو شرعيّه أبديّه لا دائره مدار التعذّر لأنّ العين لا تدخل فى الذمّه حتى يبرأ ذمّه الضّامن عنها بأداء بدلها فإذا ارتفع التعذّر يجب ردّ العين و هذا أيضا مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت المغيّى بأداء المأخوذ

السّابعه قد عرفت أنّ الغرامه ليست ملكا دائميا للمالك

على جميع التّقادير إنّما الكلام فى أنّه يرجع إلى الغارم بمجرّد تمكّنه من ردّ العين أو بردّها خارجا وجهان و الأقوى هو الثّانى و ذلك لأنّ التعذّر و إن أوجب استحقاق البدل إلّا أنّه علّه للوجوب لا أنّه موضوع له حتى يبطل البدليّه بمجرّد التمكّن و ذلك لأنّ التمكّن لا يخرج العين عمّا هى عليه من انقطاع سلطنه المالك عنها و عدم كونها تحت يده فما لم يرجع العين لا تدخل تحت سلطنته و يده و لا تعدّ مالا من أمواله فالموضوع هو خروج العين عن تحت السّلطنه لا التعذّر فإنّه علّه للوجوب كالتغيّر الّذى هو علّه العروض النّجاسه على الماء فإذا شكّ فى أنّه علّه محدثه فقط أو علّه محدثه و مبقيه أيضا فيستصحب بقاء البدل على ملك المالك و لازم ذلك عدم ثبوت الضّمان الجديد فإنّ منشأ توهّم الضّمان الجديد هو عود الغرامه إلى الغارم و منشأ العود هو كون التعذّر ركنا لثبوت تملك المالك للغرامه و كونه ركنا يتوقّف على أن يكون التمكّن موجبا للجمع بين العوض و المعوّض عند المالك مع أنّ مجرّد التمكّن لا يخرج العين عمّا هى عليه من انقطاع سلطنه المالك و لا تعدّ مالا من أمواله فلا وجه لخروج البدل عن ملك المالك قبل ردّ العين و لا وجه للضّمان الجديد بل العين قبل الردّ مضمونه بالبدل فإذا تلفت بعد التعذّر و قبل الردّ يتعيّن البدل للبدليّه و على هذا لا وجه لاستحقاق الغارم لحبس العين لأنّه لا يستحقّ الغرامه إلّا بردّ العين فإذا كان علّه استحقاقه هو الردّ فكيف يتقدم المعلول على علّته

و لا يقال مقتضى ذلك عدم جواز مطالبه المالك العين من الغارم لأنّه ما لم يرد الغارم العين إليه يبقى بدليّه الغرامه على حالها فإنّ سقوط البدليّه و ارتفاعها على الفرض إنّما هو بالردّ فمع بقاء البدليّه كيف يجوز له المطالبه نعم بناء على كون البدل بدلا عن السّلطنه يمكن التّفكيك بين الأحكام الوضعيّه فيبرأ الضّامن عن بعض آثار المضمون دون بعضها الآخر فيجوز للمالك المطالبه مع بقاء البدل فى ملكه

لأنّا نقول لا تنافى بين براءه ذمّه الضّامن عن ماليّه المال و عدم عود البدل إلى ملكه بمجرّد التمكّن و بين جواز مطالبه المالك بحق مالكى و ذلك لأنّ براءه ذمّه الضّامن ليس إلّا لأنه لم يبق من حيث ماليّه المال فى عهدته شى ء و لكن علقه المالك بالنّسبه إلى ملكه باقيه و لذا يصحّ فى هذا الحال بيعه أو صلحه من غير الغارم فاستحقاق المالك إنّما هو لبقاء علقته كما فى الخل الّذى صار خمرا و كما فى الأوانى المكسوره و حيث إنّه لا يمكن ردّ العين إلّا فى ضمن ماليّتها فيجب عليه ردّ المال و بعد ذلك يستحقّ البدل لئلّا يجتمع البدل و المبدل عند المالك بل يمكن أن يقال ليس للغارم حقّ حبس العين و لو قيل ببطلان

البدليّه بمجرّد التمكّن

و توضیح ذلک أنّ النزاع فی استحقاق الغارم حبس العین إلی أن یدفع المالک الغرامه و عدمه یقع فی مقامین الأول فیما لو وصل العین فی یده و الثانی مجرّد التمکّن من ردّها مع بقائها فی ید الغیر أو المحلّ الذی کانت فیه فمعنی حبسها هو الأعمّ من حبسها تحت یده و عدم إقدامه علی تحصیلها و المصنف رجّح أوّلا عدم ثبوت حقّ له لأنّ العین لم تکن معوّضه عن البدل بل کانت السّلطنه معوّضه عنه ثم رجّح ثانیا ثبوت الحقّ له لأنّ العین و إن لم تکن معوّضه بل کان المعوّض هو السّلطنه إلّا أنّ حبس السّلطنه لما کان متوقّفا علی حبس العین لتضمّن العین السّلطنه علیها فلا مانع من حبس العین و ذلک کما یحبس الخیّاط الثّوب المخیط لتضمّنه الخیاطه الّتی هی معوّض عن الأجره و کذلک حبس القصّار الثوب

و لکنّک خبیر بأنّ المورد الّذی دلّ الدلیل علی جواز الحبس فیه هو مورد المعاوضات قبل الفسخ و بعده أمّا قبله فللشّرط الضّمنی من المتعاوضین فإن بناءهما بحسب العاده هو التّسلیم و التسلّم بحیث صار ذلک من الأمور الارتکازیّه عند العرف فللبائع جنس المبیع لیأخذ الثّمن و للمشتری حبس الثمن لیتسلّم المبیع و أمّا بعد الفسخ فحقّ الحبس و إن لم یکن خالیا عن الإشکال لأن العقد إذا بطل بطل بتوابعه و منها الشرط الضّمنی إلّا أنّه ادّعی الإجماع علی أنّ لهما حقّ الحبس أو أنّ الشّرط الضّمنی اقتضی حقّ الحبس بعد الفسخ أیضا و بطلانه لبطلان متبوعه لا یقتضی ذهاب أثره لأنّ هذا الأثر أثر لمطلق وجوده لا لبقائه و إذا ثبت حقّ الحبس إمّا للشّرط الضّمنی أو الإجماع ارتفع إشکال الأردبیلی قدّس سرّه من أنّ ظلم أحدهما لا یسوّغ ظلم الآخر و أمّا ثبوته فی المقام فلا دلیل علیه سواء قلنا بأن باب الغرامات باب المعاوضات أو قلنا بأنّه لیس إلّا تدارک الفائت و سواء قلنا بعود الغرامه بمجرّد التمکّن أم بعد ردّ العین و ذلک لأنّه لو قلنا بأنّ الغرامه لا تعود إلّا بردّ العین فلا یتحقّق موضوع لحقّ الحبس فإنه نظیر الخیار الحاصل بردّ مثل الثمن فإنّه لیس للبائع حبس الثّمن لأخذ المثمن لعدم تحقّق الخیار له إلّا بعد ردّ الثمن

و أمّا لو قلنا بأنّ الغرامه تعود بمجرّد التمکّن فلو قلنا بالمعاوضه بین الغرامه و العین فهذا و إن کان نظیر بعد الفسخ إلّا أنّ الدّلیل الدال علی ثبوت حقّ الحبس بعد الفسخ لا یدلّ علی ثبوته فی المقام لأنّ الحبس فیه إنّما هو لفسخ المعاوضه المالکیّه و فی المقام معاوضه شرعیّه قهریّه فیتوقّف ثبوت الحقّ فیه علی دلیل بالخصوص و لو قلنا بأنّه من باب الغرامه فأمره أظهر لأن باب الغرامه لم یثبت فیها جواز الحبس للغارم فلا یشبه بالعقد بعد الفسخ أیضا و هذا من غیر فرق بین کون الغرامه بدلا عن السّلطنه أو المالیّه لعدم ثبوت الحقّ للضّامن علی أیّ تقدیر و حاصل الکلام أنّه لا وجه لعود الغرامه إلی الضّامن بمجرّد تمکّنه من ردّ العین فلا یضمن ضمانا جدیدا و لیس له حقّ الحبس

و لا یقال فیما إذا دخل العین تحت ید الضّامن لا یمکن الالتزام بعدم ضمانه ضمانا جدیدا و إلّا یلزم أن یکون التصرّف فی مال الغیر بغیر إذنه خارجا عن أدلّه الضّمانات مع أنّه لیس أمانه شرعیّه و إذا التزمنا بالضّمان الجدید فی هذه الصوره فلا بدّ من الالتزام بأن مجرّد التمکّن یوجب عود الغرامه إلی الضّامن و یوجب الضّمان الجدید أیضا و إلّا لزم القول بالفصل فی المسأله مع اتّفاق الأعلام علی أحد القولین إمّا عود الغرامه إلیه بمجرّد التمکن و إمّا بردّ العین فعودها إلیه فی بعض أقسام التمکّن

دون بعض قول ثالث

لأنّا نقول أخذ العين و وضع اليد عليها إمّا لمحض الردّ إلى المالک و إمّا للتصرف فيها عدوانا فلو كان للردّ إلى المالک فإمّا أن يتصرّف فيها بمقدار يتوقّف الردّ عليه و إمّا زائدا عليه فلو كان مقدّمه للردّ و تصرّف فيها بمقدار ما يتوقّف عليه الردّ فالحق عدم تعلّق الضّمان الجديد بها لأن تصرّفه فيها إمّا من باب الإذن الشّرعى الّذى نشأ من وجوب الردّ تكليفا و إمّا لمطالبه المالک و إمّا لحقّ الحبس بناء على ثبوته له و لو قبل عود الغرامه إليه

و على أىّ تقدير فيد الغارم يد أمانه لا يد عدوان و يد الأمانه خارجه عن عموم على اليد إمّا تخصّصا أو تخصيصا و كون قبضه لمصلحه نفسه ليس من موجبات الضّمان فى حدّ ذاته كما أنه ليس رافعا للضّمان أيضا مع أنّ القبض ليس أصلح له دائما كما إذا كانت الغرامه أغلى قيمه و أكثر نفعا من العين و بالجمله العين الّتى وجب ردّها إلى المالک عين مسلوب الماليّه فإذا تصرّف فيها مقدمه للردّ و لم يماطل فيه فلو تلفت بقيت الغرامه على البدليّه و تكون العين مضمونه بها لا بشى ء آخر فلا وجه للضّمان الجديد و بطلان الضّمان الأوّل

و أمّا لو تصرف فيها زائدا عمّا يتوقّف الردّ عليه أو عدوانا فلا إشكال فى ثبوت الضّمان بالنّسبه إلى المنافع و ارتفاع القيمه لأنّه تصرّف بلا إذن مالكىّ و لا شرعىّ و أمّا ضمان نفس العين غير الغرامه بحيث لو تلفت بطلت بدليّه الغرامه و رجعت إلى ملک الغارم و ضمن العين بالضّمان الجديد فلا تعرف له وجها هذا مضافا إلى ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الاستصحاب يقتضى كون العين مضمونه بالغرامه و عدم طروّ ما يزيل ملكيّه المالک عن الغرامه أو يحدث ضمانا جديدا

بقى هنا فروع لا بأس بالتعرّض لها

اشاره

و إن كان بعضها سيجى ء إن شاء اللّه فى تعاقب الأيدى و فى خيار الغبن

الأوّل لو أقرّ أحد بمال فى يده لزيد ثم أقرّ أنّه لعمرو

أو باع ذو اليد ما فى يده ثم أقرّ أنّه لغيره أو قامت البيّنه على أنّ ما فى يد زيد لعمرو و أقرّ زيد بأنّه لبكر فهل الغرامه الّتى يغرمها المقرّ فى هذه الموارد من باب بدل الحيلوله أو من باب الإتلاف أو فرق بين خروج المال عن يد الغارم بسبب منه كإقراره أوّلا أو بيعه و خروجه بسبب غيره كالبيّنه وجوه نسب صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى ظاهر الأصحاب أنّ الغرامه فى الجميع من باب بدل الحيلوله و احتمل هو قدّس سرّه أن تكون من باب الإتلاف

ثمّ إنّ كلامه قدّس سرّه فى انتقال العين الّتى هى مبدل الغرامه إلى الضّامن مختلف ففى باب الغصب يظهر منه أنّه ينتقل التالف

إلى الغارم دون المبدل فى بدل الحيلوله فإنّه باق على ملك مالكه و فى أبواب أخر يظهر منه العكس و قد يظهر منه عدم الانتقال مطلقا و قد يظهر منه الانتقال مطلقا و حيث إنّ المسأله خلافيّه فلا بأس باختلاف الأنظار للفقيه الواحد و المختار عدم الانتقال مطلقا فعليه نتيجه البحث واضحه فإنّه لو كان وجوب الغرامه من باب الإتلاف فالاعتبار بقيمه يوم البيع أو الإقرار الأوّل أو الشّهاده لأنّ هذا اليوم يوم التّلف على المقرّ له ثانيا بعد الإقرار الأوّل و نحوه فارتفاع القيمه بعد هذا اليوم غير مضمون و كذلك المنافع و الأوصاف

و أمّا لو كان من باب الحيلوله فالاعتبار بقيمه يوم الدّفع إلى المقر له و يضمن المنافع و الأوصاف و ارتفاع القيمه من يوم البيع مثلا إلى يوم الدّفع بناء على المختار من براءه الضّامن عن المنافع و نحوها بدفع الغرامه و الحقّ أنّ وجوب الغرامه فى المقام من باب بدل الحيلوله لما عرفت من أنّ المناط فى بدل الحيلوله هو كون العين باقيه على حالها من دون نقص فى قيمتها و لا تغيير فى هيئتها و إنّما

امتنع الردّ للغارم لبعض الموانع و فی المقام العین كذلک لبقائها علی ما كانت علیه و إنّما امتنع الردّ إلی مالكه لإقراره أو بیعه أو الشّهاده من غیره

هـذا مع أنّه لیس فیه مناط التّلف و مـا بحكمه لأنّ المنـاط فیه هو كون العین معـدومه أو فی حكم المعـدوم كالماء الباقی علی أعضاء الوضوء و المسروق بالسّرقه الّتی لا یعلم سارقها و لا یعلم بقاء العین أو تلفها أو الخیط الممتنع نزعه أو المزج و نحو ذلک و توهّم أنّه فی حكم التّلف لعدم إمكـان ردّه أبـدا فاسـد لإمكان تكـذیب المقر له أولا للمقر و تصـدیقه الإقرار الثّانی و إمكان تصدیق المشتری أو رده المبیع بفسخ أو إقاله و إمكان الشّراء منه و هكذا یمكن رجوع الشّاهدین عن الشّهاده

و بالجمله لیس الإقرار الأوّل و البیع و الشّـهاده إلّا كالخروج عن یـد الغارم بالإباق أو الغصب أو السّرقه مع العلم ببقاء العین علی حالها و العلم بمكانها أو العلم بالسارق الّتی قد عرفت أنّ هذه جمیعها من موارد بدل الحیلوله فتدبّر

الثّانی المدار فی بدل الحیلوله هو تعذّر ردّ العین علی الضّامن

سواء تمكّن المالک من أخذ العین أم لا لأنّ أخذ مال الغیر یقتضی أن یكون عهده المال علی الآخذ فإذا تلف فعلیه القیمه و إذا غصبه غاصب أو وقع فی البحر فعلیه بدل الحیلوله

و تمكّن المالـک لا یرفع الضّـمان و علی هـذا لو تعاقبت الأیـدی علی العین فتمكّن المالک من أخـذ العین من الثّانی فلا یخرج الیـد الأولی عن الضّـمان فللمالک أن یرجع إلی الضّامن الأوّل و یأخـذ الغرامه منه و أن یرجع إلی من كان العین فی یـده نعم لو رجع إلی الثّـانی لا یجوز له الرّجوع إلی الأوّل ثم هل یجوز للغاصب الأوّل قبل دفع البـدل إلی المالک الرّجوع إلی الثّانی مطلقا أو لا یجوز له مطلقا أو فیه تفصیل الأقوی هو التّفصیل لأنّ مع عجز الثّانی عن ردّ العین إلی المالک و إلی الغاصب الأوّل لا وجه لرجوع الأوّل إلیه و أمّـا مع تمكّنه فقـد یقـال بـأنّه لا یجوز للأوّل أیضا الرّجوع إلیه لا بإلزامه بـدفع البـدل لعـدم استقرار البـدل للغاصب الأوّل فی عهده الثانی قبل دفعه إلی المالک و لا بإلزامه بدفع العین لأنّها باقیه فی ملک مالكها

و لكن الأقوی أنّه یجوز له إلزامه بـدفع العین إمّا إلیه و إمّا إلی مالكه و یجوز للثّانی الردّ إلیه أیضا لأنّ الأوّل حیث یكون قصـده الإحسـان و إیصال المال إلی مالكه فلا مانع من ردّه إلیه نعم لو تلف عنـده فلم یخرج عن الضّـمان لأنّ الأوّل لم یكن وكیلا عن المالک و أمّا بعـد دفع البـدل إلی المالک ففی مورد عجز الثّانی یجوز له مطالبه البدل عنه لأنّ مقتضـی ضـمان كلّ لاحق لسابق بمقتضی أخذه العین منه مع عدم كونه مغرورا منه أن یكون فی عهده كلّ ضامن لاحق تدارک ما اغترمه السّابق

و بعباره أخری ضـمن اللّاحق شیئا له البدل فهو یضمن علی سبیل البدلیّه واحدا من البدل و المبدل و المفروض أنّ المبدل خارج عن تحت یـده و لم یؤدّ البـدل إلی المالـک أیضـا لرجوع المالـک إلی الأـوّل فیجب علیه دفع البـدل إلی السّـابق و أمّا فی مورد تمكّنه عن العین فلو قلنا بـدخولها فی ملک الأوّل بدفع الغرامه إلی المالک فلا إشكال فی وجوب ردّ الثّانی إلیه و أمّا لو لم نقل بالمعاوضه فلو قلنا بأنّ الغارم له حق الحبس فیجوز له مطالبه العین من الثّانی لأن یحبسها علی مالكها حتی یأخذ الغرامه منه

و أمّا لو لم نقل به فهل يستحقّ مطالبه العين أو لا يستحقّ إلّا إلزامه بردّ العين إمّا إلى مالكه أو إليه كما كان له إلزامه كذلك قبل دفع البدل وجهان و الحقّ استحقاقه

مطالبه نفس العين لأنّ مقتضى ضمان كل لاحق لسابق إمّا بالبدل أو المبدل على سبيل البدليّه أن يكون الغاصب الأوّل مستحقّا لها لأنّ المفروض أنّ العين تحت يد الثّانى فليس مورد بدل الحيلوله و المفروض أنّه لا يمكن أن لا يكون ضامنا للأوّل فإذا كان ضامنا له و لم يكن مورد بدل الحيلوله فلا محاله يضمن له العين

ثم ممّا يتفرع على تعاقب الأيدى جواز مطالبه المالك من كلّ من وصل المال إليه و دخل تحت استيلائه سواء كان باقيا أم تالفا لأنّ كلّا من الأيدى يد ضمان على نحو الواجب الكفائى فضمان كلّ منها بالنّسبه إلى المالك ضمان استقرارىّ فعلىّ مشروط بعدم سقوطه بأداء الآخر و لذا تقدم أنّه لو تمكن أحدهم من ردّ العين و تعذّر على البقيّه فيلاحظ حكم كلّ منهم على حسب تكليف نفسه فلا يختصّ مطالبه بدل الحيلوله بصوره التعذّر على الكلّ بل لو رجع إلى الأوّل و لم يتمكن من ردّ العين غرم البدل و لو رجع إلى الأخير فهو لا يرجع إلى أحد و لو رجع إلى الوسط فهو لا يرجع إلّا إلى لاحقه و يلاحظ حكم كلّ لاحق بالنّسبه إلى السّابق لا بالنّسبه إلى المالك فلو رجع إلى الثانى و أخذ البدل منه فى صوره وجود العين عند غيره رجع الثّانى إلى الثّالث فلو تمكّن من ردّ العين فهو المطلوب و إلّا فالبدل و لو رجع إلى الثّانى فى صوره تلف العين عند الثّالث أخذ القيمه من الثّانى و يأخذها الثّانى من الثّالث

الثّالث قد تقدم حكم قسمين من أقسام التعذّر و بقى قسمان

أحدهما ما تعذّر ردّه لأدائه إلى تلف نفس

أو مال محترم كالخيط المخيط به جرح حيوان أو ثوب

الثّانى ما تعذّر ردّه بسبب الخلط أو المزج

أمّا الخيط فإذا كان المخيط به جرح حيوان يؤدّى إخراج الخيط منه إلى تلف الحيوان فلا يجوز لمالك الخيط مطالبه نفس الخيط سواء أدّى إخراجه إلى تلف الخيط أم لا لعدم جواز إتلاف النّفس المحترمه فله قيمه الخيط لأنّه بحكم الشّارع تالف

و أمّا لو كان المخيط به ثوبا فلو كان الثّوب من غير الضّامن فكذلك أيضا لأنّه مال محترم لا يجوز إتلافه و أمّا لو كان منه ففيه خلاف فقيل باستحقاق نزعه و حينئذ فلو لم يبق له قيمه فعلى الضّامن تمام القيمه و إلّا فعليه التّفاوت بين صحيحه و معيبه و قيل باستحقاقه قيمته لأنّ إتلافه لا يجوز حتّى من المالك فهو بمنزله التّلف و الأقوى حصول الشّركه بين مالك الخيط و الثوب لأنّه لم يتلف فعلا و لا يصحّ إتلافه فيكون كالثّوب المصبوغ لو كان الصّبغ من غير مالك الثّوب فيباع الثوب و يؤخذ القدر المشترك بين كونه مخيطا و غير مخيط لمالك الثّوب و قيمه الخيط لمالكه إذا كان كونه فى الثّوب أقلّ قيمه أو مساويا لما لم يكن كذلك و قيمته الفعلى إذا كان أزيد لأنّ الزياده حصلت فى ملكه و هذه الأقوال جاريه فى الفسخ بالخيار و الإقاله أيضا و منشؤها النّزاع فى أنّ فساد الخيط هل هو بمنزله التّلف الحقيقى أو ليس كذلك و سيجى ء فى خيار الغبن إن شاء اللّه تعالى

حكم الثوب الّذى صبغه من عليه الخيار فإن حكمه حكم المقام و إن كان بينهما فرق و هو احترام عمل الصباغ فى تلك المسأله بخلاف المقام فانتظر

و أمّا مسأله الخلط أو المزج فتوضيحها متوقّف على تمهيد مقدّمتين الأولى أنّ ملاک بدل الحیلوله لا يجرى فى الخلط أو المزج فإنّ المدار فيه على تعذّر ردّ المال و عدم إمكان رده لا صحيحا و لا ناقصا لا منضما و لا مفروزا و أمّا إذا أمكن ردّه و لو منضما مع غيره فلا وجه لوجوب البدل عليه فإنّ خصوصيّه المال و شخصيّته و إن زالت

لأنّ ما لا يمكن امتيازه لا يمكن أن تتعلّق به إضافه مالكيّه و لا أن يتعلّق به الضمان أيضا إلّا أنّه مع بقائه عند الضّامن و عدم تلف ماليّته عرفا و شرعا لا وجه لثبوت بدل الحيلوله كما لا وجه لإجراء حكم التّلف عليه أيضا فى غير مورد الاستهلاک الثّانيه أنّ الاستهلاک إنّما يتصوّر فى المزج بغير الجنس إذا زال صورته النّوعيّه حقيقه أو عرفا فالحقيقىّ كمزج حقّه حليب بمائه كرّ من الماء فإن تفرّق أجزاء الحليب فى الماء الكثير موجب لذهاب صورته النوعيّه بالدقّه و العرفى كخلط حقّه من طحين الشّعير بعشر حقق من طحين الحنطه

و أمّا المزج بالجنس و كذا الخلط كذلک فلا معنى لاستهلاكه و هكذا المزج أو الخلط بغير الجنس مع بقاء صورتهما النّوعيّه كمزج حقّه من الحليب بحقه من الماء إذا عرفت ذلک فإذا امتزج مثلا شى ء بغيره فالمزج قد يقع من غير المالكين و قد يكون من فعل أحدهما و الأخير إمّا بحقّ كأحد المتبايعين و إمّا بغير حقّ كالغاصب و من بحكمه

ثم إنّه قد يكون بالجنس و قد يكون بغيره و المزج بالجنس تاره يكون بالمساوى و أخرى بالأجود أو الأردإ و المزج بغير الجنس تاره يكون موجبا للاستهلاک و أخرى لا يكون كذلک فإذا امتزجا من دون اختيار المالكين فلو كان المزج بالجنس المساوى فيحصل الشّركه فى العين و فى غير المساوى يحصل الشّركه فى الماليه فيباع المجموع و يعطى كلّ من المالكين مقدار قيمه ماله و لو نقص قيمته بسبب المزج أو زاد فالنقصان ليس على أحد المالكين و الزياده موهبه من اللّه

ثم إنّ الفرق بين المزج بالمساوى و غيره واضح فإنّ الشركه فى العين فى الأوّل لا يستلزم الرّبا بخلاف الثّانى فإن صاحب الجوده لو أعطى مقدار من العين بدل جوده ماله لزم أن يستحقّ زائدا على مقدار ماله من العين و حيث إنّ صفه ماله محترمه فيباع العين و يعطى من القيمه مقدار ماله مع الخصوصيّه نعم نفس الامتزاج لو صار موجبا للزّياده فلا شى ء له بل هذه موهبه لكليهما

و لو كان المزج بغير الجنس ففى صوره الاستهلاک إذا لم يوجب زياده ماليه فى المزيد عليه كما لو استهلک ماء الورد فى الدّهن فلا شى ء لمالكه لأنّه تلف من غير ضمان له على أحد و لو أوجب كاستهلاک الحليب فى الماء أو دهن الجوز فى الزّيت فيشتركان بمقدار ماليه مالهما من نفس العين لعدم لزوم الربا فى غير الجنس لأنّ مقتضى القاعده هو الشركه من نفس العين إلّا إذا استلزم محذورا و فى غير صوره الاستهلاک فى كم الشّركه فى العين أيضا بمقدار الماليّه

و لو امتزجا بفعل أحد المالكين فلو كان المزج بحقّ فإذا كان بالجنس المساوى يحصل الشّركه فى العين و إذا كان بأردأ من مال صاحبه فعليه الأرش لعدم التّنافى بين جواز المزج و ثبوت الضّمان عليه فهما يشتركان فى العين و على المازج الأرش و إذا كان بأعلى منه فليس له الأرش لأنّ المزج صار بفعله نعم حيث إنّه كان بحق و كان صفه الجوده محترمه يحصل بينهما الشركه فى الماليّه و فى الخلط بغير الجنس إذا أوجب الاستهلاک فهو بمنزله التّلف و إلّا فيتحقّق الشّركه فى العين بمقدار الماليّه

و لو كان بغير حق كالغاصب و الأخذ بالعقد الفاسد فحكمه حكم المزج بالحقّ إلّا أنّ صفه الجوده هنا غير محترمه حتّى فى المقبوض بالعقد الفاسد لأنّ كونها ملكه لا أثر له فإن حصول صفه فى مال غيره بفعله لا يوجب استحقاقه الأرش من الغير لأنّ الزياده الحكميّه ليست كالزّياده العينيّه من الغاصب محترمه فظهر ممّا ذكرنا الفرق بين المزج القهرى و الاختيارى

و الفرق فی الاختیاری بین من له الحق و غیره فإنّ النّقص الحاصل قهرا لا یضمنه أحد المالکین بخلاف النقص الحاصل بالمزج الاختیاری و أنّ الزیاده الحکمیّه من غیر الغاصب محترمه بخلاف الزیاده الحکمیّه الحاصله من الغاصب و من بحکمه هذا بحسب ما هو الحقّ عندنا

و لکن نسب إلی ابن إدریس قدّس سرّه أنّه قال فی مورد الغصب الخلط بمنزله التّلف حتی فی الجنس المساوی و نقل المحقّق و الشّهید الثّانی قولین فی الخلط بالجنس فی الأردإ و الأجود و لم یرجّحا أحد القولین ففی الشرائع إذا غصب دهنا کالزّیت أو السّمن فخلطه بمثله فهما شریکان و لو خلطه بأجود أو أدون قیل یضمن المثل لتعذّر التّسلیم و قیل یکون شریکا فی فضل لجوده و یضمن المثل فی فضل الرّداءه إلّا أن یرضی المالک بأخذ العین انتهی و الشّهید الأوّل حکم بضمان المثل فی المزج بالأردإ و الشرکه فی العین فی المزج بالأعلی أو المساوی و قال فی الشّرائع أمّا لو خلطه بغیر جنسه لکان مستهلکا و ضمن المثل و احتمل الشهید الثّانی فی الرّوضه فی مورد الخلط بالأجود الانتقال إلی المثل للاستهلاک

هذا و لکن ممّا بیّنا فی المقدمتین ظهر أنّ الإلحاق بالتّلف منحصر فی مورد الاستهلاک و هو فی غیر الجنس و أمّا مجرّد عدم الامتیاز فلیس فی حکم التّلف و کیف کان فقد ظهر ممّا ذکرنا أنه لیس مورد یکون التّخییر للغاصب بین دفع المثل أو القیمه و لا للمالک بین أخذ العین الممتزجه مع الأرش فی مورد النّقصان و أخذ القیمه لأنّ المزج لو کان بحکم التّلف تعیّن القیمه و إلّا فلیس للمالک إلّا العین مع أخذ الأرش فی مورد النّقصان

ثم إنّ ما ذکرنا من تعین القیمه فی مورد التّلف إنّما هو بحسب الکبری و أمّا تعیین الصّغری ففی غایه الإشکال و لذا ذهب شیخ الطّائفه بأنّه لو زرع الحبّ أو استفرخ البیض فلیس علی الغاصب إلّا المثل أو القیمه و عن الخلاف أنّ القائل بأنّ الفرخ عین البیض و الزّرع عین الحبّ مکابر و ذهب صاحب الجواهر إلی عکسه و ادّعی بأنّ القائل بأنّ الزّرع و الفرخ للغاصب مکابر و منشأ النّزاع أنّ تلف الصوره النّوعیّه مع بقاء المالیّه هل هو بمنزله التّلف أو أنّ المدار فی التّلف هو تلف المال و أمّا تبدّل الصوره بصوره أخری مع بقاء الماده الجامعه بین الصّوره فلا یوجب الانتقال إلی القیمه أو المثل بل علی الضّامن الأرش لو حصل النّقصان

و علی هذا ففی الخلط بغیر الجنس لو بقی مقدار من المالیّه کما إذا امتزج الحلیب بالماء فی البلاد الّتی للماء فیها قیمه ینشأ الإشکال لأنّ نقصان القیمه لا یقتضی إلّا الأرش مع الشرکه فی العین لا المثل أو القیمه فالمسأله فی غایه الإشکال و یمکن الجمع بین کلماتهم بأن یقال کلّ من حکم بأنّ المزج بغیر الجنس بمنزله التّلف مقصوده صوره الاستهلاک بنحو خاصّ فإنّ الاستهلاک علی قسمین قسم لا یوجب زیاده المالیّه فی المزید علیه کاستهلاک الجلّاب فی الدّهن و قسم یوجب الزّیاده کاستهلاک الحلیب فی الماء أو استهلاک دهن اللّوز فی الزّیت فالقسم الأوّل ملحق بالتّلف و الثّانی حکمه الشرکه فی المالیّه ثم الشّرکه فی المالیه علی قسمین قسم یقوم المال و یؤخذ حق المضمون له من عین المال و هذا فیما لم یلزم منه ربا و قسم یعطی القیمه إذا کان مال الضّامن أردأ فتأمّل جیّدا

[الکلام فی شروط المتعاقدین]

[مسأله المشهور كما عن الدّروس و الكفايه بطلان عقد الصبىّ]

قوله قدّس سرّه المشهور كما عن الدّروس و الكفايه بطلان عقد الصبىّ إلى آخره

أقول تقدم فى صدر الكتاب أنّ شروط العقد على أنحاء ثلاثه شروط الصّيغه و المتعاقدين و العوضين و تقدم حكم الأوّل و أمّا الثّانى فمن جملتها بلوغ العاقد و لا إشكال فى تحقّقه بالاحتلام

و الإنبات و أمّا تحقّقه بالسّن فالمشهور أنّه بتمام خمسه عشر فی الرّجل و قیل بتحقّقه بعشر سنین

ثم إنّهم اختلفوا فی اعتبار البلوغ فی جمیع الأحکام المتعلقه به و عدمه فبعضهم فرق بین الفروع و الأصول فلم یعتبره فی إسلامه و بعضهم استثنی من الفروع وصیّته الشامله لتدبیره لأنّه وصیّه أیضا کما یظهر من قضیّه وصیّه عیسی بن موسی المذکوره فی صحیحه عبد الرّحمن بن الحجّاج و کذلک طلاقه و عتقه و معاملته الصّادره منه امتحانا للرّشد فإنّ الامتحان قبل البلوغ إنّما هو بالمعامله الحقیقیّه لا الصوریّه و غیر ذلک ممّا هو مذکور فی محلّه فإنّ هذه المستثنیات و إن لم تکن إجماعیّه إلّا أنّ جمله من المحقّقین التزموا بصحّتها من الصّبی الممیّز أو ممّن بلغ عشرا

و علی أیّ حال لا إشکال فی إسلام الرّشید الغیر البالغ و خروجه به عن تبعیّه الوالدین لأنّ المدار فیه علی الإدراک و الاقتدار علی الاستدلال و لو إجمالا فکلّ من عرف أنّ للعالم صانعا و أنّ له سفراء و حججا فهو مسلم حقیقه و بهذا نفتخر علی مخالفینا بأن علیا علیه الصّلاه و السّلام أوّل القوم إسلاما و أقدمهم إیمانا

و کیف کان فلیس المقام مقام تنقیح ذلک و لا بیان المستثنیات فإنّ عقد البحث إنّما هو فی صحّه معاملاته بمجرّد الرّشد مطلقا أو أنّ صحّتها موقوف علی الرّشد و البلوغ فإذا قلنا بالثّانی یتفرّع علیه النزاع من جهات أخری الأولی أنه هل ینفذ تصرفاته فی ماله بإذن الولیّ کنفوذ تصرفات الرّاهن بإذن المرتهن أم لا الثانیه هل یصحّ وکالته عن الولیّ فی تصرفاته فی ماله الّذی یرجع سلطنته إلی الولیّ أم لا- الثّالثه أنّه هل یصحّ وکالته عن الغیر أم لا فهنا جهات أربع الأولی استقلاله فی التصرّف و الثّانیه صحّته بإذن الولیّ و الثالثه وکالته عن الولیّ و الرابعه وکالته عن غیره

و منشأ النزاع فی هذه الجهات هو أنّ الصبیّ الرّشید هل هو من المحجورین أو لا و علی القول بأنّه محجور فهو من أیّ قسم من أقسامه فإنّ المحجور لا یخلو أمره من أحد أمرین لأنّه إمّا محجور عن الاستقلال و إمّا محجور عن أصل السّلطنه و الأوّل علی قسمین أحدهما من کان سبب حجره تعلّق حق مالکیّ علی ماله کالراهن و المفلس بعد حکم الحاکم و الثّانی من کان سبب حجره تعلّق ولایه شرعیّه علیه کالبالغه الباکره بناء علی اعتبار إذن الولی فی صحّه نکاحها و الثّانی أیضا علی قسمین فإنّ کونه محجورا عن أصل التصرف إمّا لتعلّق حق مالکی علیه کالعبد لکون ملکه لمولاه و إمّا لتعلّق حقّ الولایه علیه و هذا علی قسمین أحدهما من کان منشأ تعلّق حقّ الولایه علیه کونه مسلوب العباره و کون فعله کالعدم کالمجنون و الثّانی من لا یکون محجورا من حیث الفعل بل من حیث المعامله لنفسه و التصرف فی ماله کالسّفیه فإنّه لیس محجورا عن العقود الراجعه إلی الغیر و وجه الخلاف الاختلاف فی ما یستفاد من الکتاب و السّنه

أمّا الکتاب فهو قوله عزّ من قائل وَ ابْتَلُوا الْیَتامیٰ حَتّٰی إِذٰا بَلَغُوا النِّکٰاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ فإنّه یمکن أن یکون قوله فإن آنستم تفریعا علی الابتلاء أی اختبروهم قبل البلوغ من زمان یمکن رشدهم فیه إلی زمان البلوغ فإن آنستم منهم الرّشد فی خلال هذه الأزمنه فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ فعلی هذا یکفی الرّشد لنفوذ تصرّفهم و لو لم یبلغوا

و یمکن أن یکون تفریعا علی الامتحان بعد البلوغ أی امتحنوهم من زمان قابلیتهم للامتحان إلی زمان البلوغ فإذا بلغوا راشدین

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ و الظّاهر هو الثانى أمّا أولا فلأنّه سبحانه لمّا أمر بإيتاء الأيتام أموالهم بقوله عزّ شأنه وَ آتُوا الْيَتامىٰ أَمْوالَهُمْ و نهى

عن دفع المال إلى السّفيه بقوله وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ بين الحدّ الفاصل بين ما يحلّ ذلك للولىّ و ما لا يحلّ فجعل لجواز الدفع شرطين البلوغ و إيناس الرّشد فلا يجوز قبلهما و ثانيا لو لم يكن قوله فادفعوا تفريعا على إحراز الرّشد بعد البلوغ لم يكن وجه لجعل غايه الابتلاء هو البلوغ و كان المناسب أن يقال وَ ابْتَلُوا الْيَتٰامىٰ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ

و لا يقال لو كان المدار على الرشد و البلوغ لا وجه لإيجاب الامتحان قبل البلوغ فإنّ ظاهر كلمه حتّى أنّها غايه للامتحان فلا محاله يكون مبدؤه قبل البلوغ لأنّا نقول إيجاب الامتحان قبله إنّما هو لإحراز الرّشد حتى تدفع إليهم أموالهم بمجرد البلوغ و لا يكون الولىّ ممّن يأكل أموالهم إسرافا و بدارا أن يكبروا فإنّ الأولياء لو أمروا بالامتحان مقارنا للبلوغ يحتمل أن يكون رشد الصبىّ من باب الاتّفاق فأمر سبحانه بالابتلاء من زمان القابليّه إلى زمان البلوغ حتى يرد أموالهم إليهم من دون تأخير مع بقاء الرشد الممتحن إلى هذا الزمان

بل قيل إن إذا للشرط و جوابها مجموع الشّرط و الجزاء و حتى حرف ابتداء و غايتها مضمون الجمله الّتى بعدها و هو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النّكاح و على هذا فقوله حتى إذا بلغوا جمله مستأنفه

و كيف كان فظهور مجموع الكلام فى اعتبار الرّشد و البلوغ ممّا لا مجال لإنكاره و هذا هو المستفاد من أغلب التّفاسير كما فى المجمع و الصّافى و الكشاف و الرازى و حاشيته ففى تفسير الفخر و شرط فى دفع أموالهم إليهم شرطين أحدهما بلوغ النّكاح و الثانى إيناس الرّشد إلى آخره نعم استدلّ أبو حنيفه على صحّه تصرفات الصبىّ بإذن الولى بهذه الآيه و قال لأن قوله وَ ابْتَلُوا الْيَتٰامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكٰاحَ يقتضى أنّ هذا الابتلاء إنّما يحصل قبل البلوغ و المراد من هذا الابتلاء اختبار حاله فى أنّه هل له تصرف صالح للبيع و الشّراء و هذا الاختيار إنّما يحصل إذا أذن له فى البيع و الشّراء و إن لم يكن هذا المعنى نفس الاختبار فهو داخل فى الاختبار بدليل أنه يصحّ الاستثناء يقال وَ ابْتَلُوا الْيَتٰامىٰ إلّا فى البيع و الشّراء و حكم الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل فثبت أنّ قوله وَ ابْتَلُوا الْيَتٰامىٰ أمر للأولياء بأن يأذنوا لهم فى البيع و الشّراء قبل البلوغ و ذلك يقتضى صحّه تصرّفاتهم إلى آخره

و أجاب عنه الشّافعىّ بما حاصله أنّ اللّه سبحانه أمر بدفع المال إليهم بعد البلوغ و إيناس الرّشد و إذا ثبت بموجب هذه الآيه أنّه لا يجوز دفع المال إليه حال الصّغر وجب أن لا يجوز تصرّفه حال الصّغر لأنه لا قائل بالفرق

ثم إنّ المستفاد من هذه الآيه و الآيه الّتى قبلها و هى قوله عزّ من قائل وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ أنّ الصّبى إذا بلغ سفيها لا يدفع وليّه أمواله إليه فإنّ المراد من الأموال فى قوله عزّ من قائل وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ هو أموال نفس الأيتام كما فى التّفاسير و يشهد له أيضا وقوع هذه الآيه الشريفه بين قوله عزّ اسمه وَ لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَهُمْ و قوله وَ ابْتَلُوا الْيَتٰامىٰ

ثم لا فرق فى الولىّ بين الوصىّ و الأب و الجدّ و الحاكم لأنّ الخطاب شامل للوصىّ أيضا فالقول بالتفصيل بين الأب و الجدّ و الحاكم و بين الوصىّ فى عدم انقطاع سلطنه الثلاثه دون الوصىّ لا وجه له و كيف كان يستفاد من الآيه المباركه عدم استقلال الصبىّ فى التصرّف فى أمواله و إن كان رشيدا لا مباشره و لا توكيلا إنّما الكلام فى استفاده سائر المراتب منها و هى نفوذ تصرّفه فى ماله بإذن الولىّ و وكالته عنه و وكالته عن غيره فنقول أمّا

عدم نفوذ تصرّفه فی ماله بإذن الولیّ فیستفاد منها أیضا بضمّ مقدّمه عقلیّه

و أمّا عدم صحّه وکالته عنه و عن الغیر فلا یستفاد منها بل یستفاد من القواعد العامّه و توضیح ذلک یتوقّف علی تمهید مقدمات الأولی أنّه کما لا یمکن اجتماع مالکین مستقلّین علی مال واحد و لا مالک مستقلّ و مالک کان شریکا معه فکذلک لا یمکن اجتماع سلطنتین مستقلّتین و لا سلطنه تامه و ناقصه فی مال واحد فإنّ البرهان علی الامتناع واحد فی کلیهما و هو أنّه لیس الملکیّه أو السّلطنه إلّا إضافه بین المالک أو السّلطان و المال و لیستا عباره عن أمر موهوم کأنیاب الأغوال حتی یتخیّل للملک مالکان و مسلّطان و الإضافه إذا کانت مرتبطه بشخص علی نحو الاستقلال بحیث کان له التصرّف فی المال من دون توقّف علی إذن غیره و کان له المنع من تصرف الغیر فیه یمتنع أن یکون فی عرض هذا الشخص شخص آخر تکون له هذه الإضافه تامّه کانت أو ناقصه

نعم یمکن ثبوت الإضافه الطولیّه و الإضافه علی نحو الإشاعه و الإضافه النّاقصه الّتی لم یکن لصاحبها منع غیره لأشخاص متعدّده فالأوّل کإضافه ملک العبد إلی العبد و مالکه و هکذا سلطنه الوکیل و موکله و الثّانی کإضافه الشریکین و الثّالث کسلطنه الأب و الجدّ أو الوکیلین أو حکام الشرع و أمّا إضافتان مستقلّتان عرضیّان بحیث یکون لکلّ منهما طرد الآخر و منعه عن التصرّف فغیر معقول فإذا امتنع هذا امتنع إضافه مستقلّه مع إضافه منضمّه إذ مع استقلال واحد فی التصرّف یمتنع أن یکون تصرّفه منوطا بضمّ الآخر إلیه بل لا بدّ أن یکونا کالشّریکین أو کسلطنه الرّاهن و المرتهن فإنّ ثبوت نصف الإضافه لأحد لا یجتمع مع ثبوت تمام الإضافه لغیره لأنّه خلف و مناقضه

و بتعبیر آخر أنّ الولایه الثابته للولیّ لا بدّ أن یکون بمقدار حجر المولی علیه فإن کان محجورا عن أصل السّلطنه کالمجنون و العبد فالولیّ مستقلّ فی التصرّف و لو کان محجورا عن الاستقلال کالرّاهن و الباکره فیجب أن یکون ولایه الولی بنحو الانضمام فلا یمکن أن یکون للصبیّ حقّ التصرّف منضمّا إلی الولی و کان للولی التصرّف بالاستقلال

و حیث إنّ الولیّ بمقتضی الآیه الشّریفه له تمام السّلطنه قبل قابلیّه الصبیّ لأن یمتحن و یختبر و یبقی له هذه السّلطنه قبل البلوغ و الرّشد علی ما استفدناه من الآیه فتأثیر إذنه للصبیّ إمّا یرجع إلی کونه وکیلا من قبل الولی فسیجی ء حکمه و إمّا یرجع إلی کونه ضمیمه مع الولیّ فی التصرّف کتصرف السّفیه بإذن الولی و الراهن بإذن المرتهن فهذا غیر معقول

و بالجمله مقتضی هذه المقدّمه عدم صحّه بیع الصبیّ لنفسه بإذن الولی أیضا لاستفاده السّلطنه التامّه الاستقلالیّه للولیّ من الآیه الشّریفه ثم إنّه کما لا یجوز له مباشرته و لو بإذن الولیّ فکذلک لا یجوز له توکیله الغیر لأنّه لا یصحّ التّوکیل إلّا فی فعل یکون مملوکا للموکل بحیث یصحّ له مباشرته بنفسه فتوکیله الغیر فی هذه الصّوره نظیر صوره عدم إذن الولیّ الثّانیه أنّهم اعتبروا فی الوکیل أمورا منها البلوغ إلّا فیما استثنی و منها کمال العقل و منها أن یکون ما وکّل فیه ممّا یجوز له أن یلیه بنفسه لنفسه و لا یعتبر المباشره فیه فکلّ ما لا یجوز للوکیل صدوره من حیث إنّه فعله و من جهه الإصدار فلا یجوز أن یصیر وکیلا عن غیره فیه و فرعوا علی ذلک عدم صحّه وکاله المحرم لابتیاع الصید و إمساکه و عقد النّکاح و إن کان الموکل محلّا و صحّه وکاله المفلس و السّفیه و المرتدّ

أمّا عدم صحّه وكاله المحرم

فلحرمه هذه الأفعال عليه من حيث السّبب و لو مع قطع النّظر عن المسبّب و أمّا صحّتها عن المفلس و السّفيه و المرتد فلأنّ منع هؤلاء يرجع إلى التصرّف المالى فى أموالهم لا لقصور فعلهم من حيث إنّه فعل فإنّ المفلس يتعلّق بماله حق الغرماء و السّفيه يتعلّق عليه حقّ الولايه و المرتد لا ذمّه له و بالجمله يعتبر فى الوكاله كون الفعل ممّا يجوز وقوعه من النّائب و أن لا يعتبر فيه المباشره و على هذه المقدّمه يترتّب أمران أحدهما عدم جواز وكالته عن الولىّ فى أن يتصرّف فى مال نفسه الّذى يرجع ولايته إلى الولىّ بالفرض و ثانيهما عدم وكالته عن النّاس فى التصرّف فى أموالهم لأنّه إذا ثبت أنّ الصبىّ كالمجنون فى كونه مسلوب العباره فحيث إنّ إجراء الصّيغه منه لا أثر له فى ماله فوكالته أيضا كالمباشره

نعم إثبات هذه المقدّمه و هى اعتبار البلوغ كاعتبار العقل و إنّ الصبىّ لا ينفذ منه البيع من حيث جهه الإصدار موقوف على قيام دليل على ذلك و على هذا فكلّ ما ثبت جواز توليه الصبىّ فيه بنفسه يصحّ وكالته فيه كما يصحّ توكيله إلّا إذا اعتبر المباشره فى الموكل ففى العتق و الطّلاق و الوصيّه كما يجوز أن يليها بنفسه فكذلك يجوز أن يتوكّل عن غيره و أن يوكل غيره عن نفسه

الثّالثه أنّ الأغراض بالنّسبه إلى الآثار المترتّبه على الأفعال مختلفه فقد يتعلّق الغرض بحصول الأثر فى الخارج من دون دخل لفاعل خاصّ أى المقصود حصول النّتيجه و قد يكون الغرض حصوله من شخص خاصّ بحيث كان فعله موضوعا للحكم و القسم الأخير هو المقصود فى باب الوكاله لأنّ البيع مثلا مترتّب على فعل الوكيل من حيث إنّه هو الفاعل و نظيره فى الأحكام التّكليفيّه الفعل العبادى فإنّ المقصود منه حصوله من شخص المكلّف و أمّا القسم الأوّل الّذى نظيره فى التّكاليف هو الفعل التوصّلى فهو خارج عن باب الوكاله

فعلى هذا عدّ إيصال الهديّه و الإذن فى دخول الدّار من مستثنيات معاملات الصبىّ لا وجه له لأنّ هذه الأمور ليست من باب الوكاله بل الغرض وصول الهديّه إلى المهدى إليه و لو كان بتوسّط حيوان و هكذا فى مسأله الدّخول فى الدار الغرض استكشاف رضاء صاحب الدّار بل لو قلنا فى باب المعاطاه أنّ الغرض منها وصول كلّ واحد من العوضين إلى مالك الآخر كما قيل به فى مسأله كوز السقّاء و صندوق الحمّامى فلا بأس بأن يكون الصبىّ مقام الكوز و الصّندوق و دعوى صاحب الجواهر قدّس سرّه أنّ السّيره الثّابته فى مثل إيصال الهديّه و الإذن فى الدّخول من المسامحين لا المتديّنين لا وجه لها فإنّ خروج ذلك من باب معاملات الصبىّ خروج موضوعى

أمّا السّنه فهى على طوائف ثلاث الأولى ما دلّ على جواز أمر اليتيم بعد الاحتلام و عدم خروجه عن اليتم قبله الثانيه ما دلّ على رفع القلم عنه الثّالثه ما دلّ على أنّ عمده و خطاءه واحد أمّا الطائفه الأولى فالاستدلال بها غير مفيد لأنّها فى مقام بيان أنّ الاحتلام شرط فى نفوذ أمر الصبىّ و ليست فى مقام بيان عدم نفوذ أمره قبله و لو مع إذن الولىّ و أمّا الثّانيه فالحق دلالتها على كونه مسلوب العباره فإنّ الظّاهر من قوله ع رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين النّاس و الدّائر على ألسنتهم من أنّ فلانا رفع القلم عنه و لا حرج عليه و أعماله كأعمال المجانين فهذه الكلمه كنايه عن أن عمله كالعدم و رفع عنه ما جرى عليه القلم فلا ينفذ فعله و لا يمضى عنه فإنّ ما صدر عنه لا ينسب إليه نعم يختصّ رفع القلم بالفعل الّذى لم يكن موضوعا لحكم بذاته لأنّ الظّاهر من هذا الحديث الشّريف أنّ الأفعال الّتى تترتّب عليها

الآثار لو صدرت من البالغ العاقل المستيقظ فهى إذا صدرت من الصبىّ و مثله فلا أثر لها و أمّا الأفعال الّتى تترتّب عليها الآثار من دون فرق بين الالتفات و غيره و من غير فرق بين الاختيار و غيره فهذه خارجه عنه تخصّصا

فعلى هذا لا يشمل الحديث مثل الإتلاف و الجنايه بل مطلق الحدث و الجنايه الموجبه للدّيه و نحو ذلك و على هذا لا يرد المناقشات الّتى أوردها المصنف قدّس سرّه على هذه الطّائفه بقوله أولا إنّ الظّاهر منه قلم المؤاخذه و ثانيا أنّ المشهور على الألسنه أنّ الأحكام الوضعيّه لا تختصّ بالبالغين و ثالثا لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعوله فى حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ

أمّا فى الأولى الّتى مرجعها إلى اختصاص الرّفع بالأحكام التكليفيّه دون الوضعيّه فلما أوضحنا فى الأصول فى حديث الرّفع من أنّ الرّفع التّشريعىّ يصحّ تعلّقه بالأمور الخارجيّه من دون توقّف على تقدير المؤاخذه أو غيرها و الرّفع التشريعىّ يقتضى رفع جميع الآثار ففى المقام يمكن تعلّق الرّفع بنفس القلم أى رفع قلم جعل الأحكام عنه سواء كانت موجبه للمؤاخذه على مخالفتها كالأحكام التكليفيه أم لم تكن كالوضعيّه

و أمّا فى الثّانيه فلأنّ اشتراك غير البالغ مع البالغ فى الأحكام الوضعيّه التى هى محلّ البحث كعقد الصبىّ أوّل الكلام بل المشهور عدمه نعم يشتركان فى مثل الإتلاف و نحوه

و أمّا فى الثّالثه فلأنّه مضافا إلى عدم إمكان تفكيك الآثار بين البالغ و غيره فيما كان ذات الفعل موضوعا للأثر بل فيما كان الأثر مترتّبا على الفعل القصدى أيضا فإنّه لو أفاد عقد الصبىّ الملكيّه فلا يمكن أن لا يكون مؤثرا فعلا و يصير ذا أثر بعد البلوغ أنّ كون فعله موضوعا للأحكام المجعوله فى حق البالغين فرع أن يكون فعله مؤثرا و هذا أوّل الكلام لأنه يحقل أن يكون وجوده كعدمه كما فى عقد المجنون و مثله فكيف يمكن أن يكون هذا الّذى صدر من مثل المجنون موضوعا لحكم البالغ العاقل

و بالجمله ظهور الحديث فى كون عبارته كالعدم بقرينه جعله رديفا للمجنون و النّائم ممّا لا ينبغى المناقشه فيه و أمّا الثّالثه فدلالتها على أنّ أفعاله القصدى كالفعل الصّادر عن غيره بلا قصد واضحه نعم يمكن دعوى ورودها فى مورد خاصّ و هو باب الديات أو عمومها للكفّارات أيضا و عدم شمولها لجميع أفعاله كالعقود و الإيقاعات و ذلك لأنّ الخطأ و العمد لم يؤخذا موضوعا لحكم إلّا فى الجنايات و الكفّارات الواجبه على المحرم فإن فى تلك المسألتين قوبل العمد مع الخطإ و أمّا فى غيرهما فالحكم أمّا مترتّب على ذات الفعل و هو الغالب أو على خصوص العمد أو خصوص الخطإ أو ما هو مرادف لهما من القصد و الاختيار أو السّهو و النّسيان و الاضطرار و يشهد لذلك تذييل بعضها بقوله ع تحمله العاقله فإنّ تحمل العاقله إنّما هو الدّيه فى الجنايات

و لكن يمكن الجواب عن هذا الإشكال بأن تذييل بعضها بقوله تحمله العاقله لا يوجب حمل الأخبار المطلقه على باب الجنايات هذا مضافا إلى ما ورد فى روايه أبى البخترى عن علىّ عليه السلام أنّه كان يقول المجنون و المعتوه الّذى لا يفيق و الصبىّ الّذى

لم يبلغ عمـدهما خطـأ يحمله العاقله و قـد رفع عنهما القلم فإنّ قوله ع و قـد رفع عنهما القلم بمنزله العلّه لقوله ع عمـدهما خطأ و مقتضـاه أنّ الأفعـال الّتى تترتّب عليهـا الآثار إذا صـدرت عن قصـد من غير الصبىّ و المجنون إذا صـدرت عنهما فكالصّادره عن غيرهما بلا قصد لأنّ قلم جعل الأحكام

مرفوع عنهما فمقتضى التّعليل هو التعدى إلى غير الجنايات بل يستفاد منه أنّ الطّائفه الثانيه و الثّالثه وردتا لمعنى واحد و كلّ منهما مخصوصان بالأفعال القصديّه لا الأفعال الّتى تكون موضوعات للأحكام بذواتها

و على هذا فلا وجه لقول المصنف قدّس سرّه بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبىّ استظهار المطلب من حديث رفع القلم إلى آخره لأنّه بعد ما عرفت من اتّحاد معنى الفقرتين لا وجه لاستظهار الاتّحاد من هذه الرّوايه بالخصوص بل فى جميع الرّوايات الوارده هذه الكلمه يراد منها مع قطع النّظر عن معناه الكنائى رفع فعله القصدى فإنّ معنى رفع قلم الأحكام هو أن عمدهما خطأ فإنّ اشتراكه مع المجنون فى رفع القلم عنه و كون عمده خطأ يقتضى أن يكون المرفوع هو الفعل القصدى

ثم لا يخفى أنّه لا وجه لتقدير المؤاخذه ثم تعميمها للآثار الأخرويّه و الدنيويّه فإنّ المؤاخذه بناء على لزوم تقديرها ظاهره فى العقوبه الأخرويّه ثم لا وجه لاحتمال العليّه و المعلوليّه كليهما فى رفع القلم فإنّ الظّاهر منه كونه علّه لأنّه أعمّ موردا من قوله تحمله العاقله و العلّه بمنزله الكبرى الكليّه و الحكم المعلّل بمنزله الصّغرى و جعله معلولا لقوله ع عمدهما خطأ لا يستقيم لأنّهما إما متّحدان معنى بناء على أن يكون المراد من رفع القلم رفع الأفعال القصديّه و إمّا يناسب العليّه لو كان المراد الأعمّ منها و من غيرها

و بالجمله و إن أجاد المصنف قدّس سرّه فيما أفاد من أنّ المرفوع عن الصبىّ هو الأحكام المترتبه على الأفعال الّتى بذاتها موضوعات لها لظهور الخبر فى أنّ الصبىّ كالمجنون إلّا أنه لا وجه لالتزامه بتعلّق الرّفع بالمؤاخذه ثم تعميمها للآثار الدنيويّه ثم تمسّكه بإطلاق الرّفع لما إذا صدر الفعل عن الصبىّ بإذن الولىّ فإنّ التمسّك بالإطلاق فى هذا المقام من الغرائب على مذهب من اختار من أنّ التّقابل بينه و بين التّقييد تقابل العدم و الملكه فإنّه لو كان المراد من الرفع رفع الأثر رأسا و أن فعله كالعدم و قصده كعدم القصد فلا موقع للتمسّك بالإطلاق لأنّ الإذن لا يمكن أن يؤثر فى الفعل الّذى هو بمنزله العدم حتى يتوهّم تقييد عدم الأثر بمورد الخلوّ عن الإذن فيتمسك بالإطلاق لرفع هذا التوهّم و لو كان المراد منه أنّ الصبىّ ليس مستقلا فى التصرّف فهو كالرّاهن أو الباكره فلا يصحّ التمسّك بالإطلاق لأنّه ينقلب الفعل فى مورد الإذن عمّا عليه فلا يصحّ أن يقال الرّاهن لا يستقلّ بالتصرّف سواء أذن له المرتهن أم لا

فتلخّص ممّا ذكرنا أنّ قصد الصبىّ كالعدم و فعله العمدى خطأ لا مؤاخذه عليه و لا ديه فى ماله و لا يلزم بالإقرار و لا حدّ عليه و لا تعزير على أفعاله و لو قام دليل على أنّه يعزّر فليحمل على التأديب لئلّا يتمرّن على الفعل المحرّم نعم لو ثبت لزوم تعزيره فى مورد ثبوت الحدّ على البالغ لكان ثبوت هذه العقوبه من أثر فعله القصدى و أمّا لو ثبت لزومه فى غير هذه المعصيه فليس المراد منه إلّا التأديب أى ليس العقوبه عليه لأجل ما صد منه بل لئلّا يصدر منه بعد البلوغ بحيث لو علم موته قبل البلوغ فتأديبه أيضا لا وجه له إلّا أن يكون نفس صدور الفعل منه نقصا لأقربائه

و كيف كان لو ثبت لزوم التعزير عليه فيدخل فى المستثنيات لما بيّنا أنّ الصبىّ كالمجنون فهو داخل فى هذا القسم من المحجورين فلا يترتّب على إنشائه أثر و لا يؤاخذ على فعل من أفعاله و إذا ثبت صحّه فعل منه بدليل خاصّ يكون مخصّصا

لحديث رفع القلم و أمّا لو لم يثبت كما قيل بالنسبه إلى عباداته فيقتضى أن تكون

تمرينيّه لا شرعيّه

ثم كلّ ما ثبت صحّته مطلقا و لم يدلّ دليل على اعتبار صدوره من فاعل خاصّ يصحّ فيه توكيله للغير و وكالته عن الغير و هذا كلّه فى الأفعال الّتى يعتبر فيها القصد و أمّا الّذى لا يعتبر فيه فخروجه عن الحديث بالتخصيص فالفروع الّتى ذكرها العلّامه قدّس سرّه فى التذكره مبتنيه على إحدى القاعدتين أى كلّ فعل اعتبر فيه القصد كحصول الملك فى الهبه و تعيّن الكلّى بالقبض فقبول الصبىّ فيه و قبضه كالعدم سواء كان بإذن الولى أم لا و سواء كان لنفسه أو للولىّ أو لغيره

و كلّ ما لا يعتبر فيه القصد كقبض مال معيّن من الولىّ بإذن الولىّ فقبضه فيه كقبض الولىّ كما أنّ من عليه الخمس أو الزّكاه يبرئ ذمّته منهما لو دفعهما إلى الصبىّ أو صرفهما فى مصارف الصبىّ لأن قبضه هنا لا يعتبر فيه القصد

قوله قدّس سرّه ثم إنّه ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق فى معامله الصبىّ بين أن يكون فى الأشياء اليسيره أو الخطيره إلى آخره

و إن كان مقتضى الأدلّه السّابقه ما ذكره قدّس سرّه من عدم الفرق إلّا أنّه بعد ما يشاهد من النّاس أنّهم لا يعاملون مع الصبىّ معاملتهم مع المجانين بل سيره أهل العرف من كلّ ملّه و نحله الإيكال إلى الصبىّ باختلاف المعاملات فيوكلون إلى من بلغ أربع سنين معامله البقول و إلى من بلغ ثمانيه بيع اللّحوم و إلى من تجاوز العشره معامله الثّياب و هكذا

فلا بدّ إمّا من القول بخروج هذه الأشياء عن معاملات الصبى بالتّخصيص و المخصّص لها هو السّيره و لكن الالتزام بهذا مشكل كما أفاده قدّس سرّه لأنّ السّيره مختلفه باختلاف الأشياء و ثبوت السّيره من عصرنا إلى عصر الأئمّه ع من المتديّنين بهذا التّفصيل مشكل بل المعلوم عدمها فإنّا نرى تحرّز المتديّنين عن المعامله مع الصبىّ فى مثل اللّحم و نحوه فضلا عن الثّياب و إمّا من القول بأن السّيره جاريه بين من لا يبالى بالمحرمات و لا يخفى أنّ الالتزام بهذا أشكل فإنّ شراء البقول و نحوها منه معمول بين المتديّنين و إمّا بجعل الصبىّ فى الموارد الّتى ثبتت السّيره فيها بمنزله الآله و الواسطه فى الإيصال و هذا على وجوه

أحدها ما ذكره كاشف الغطاء بأنّ المعامله فى الحقيقه واقعه مع الولىّ و الطّرف الآخر فيكون الأخذ من الطّفل مثلا موجبا وكاله من قبل الولىّ و قابلا من قبل نفسه فيكون فعل الصبىّ من قبيل فتحه باب الدار و الإذن فى دخول الأغيار من كونه كاشفا عن رضا الولىّ و فيه أوّلا أنّ دخول عمل طرف الصبىّ فى عنوان الوكاله مشكل لأنّ الولىّ لم يعيّنه لها و مجرّد رضا المالك لا يدخله فى هذا العنوان و ثانيا أنّ ما هو الواقع فى الخارج ليس إلّا المعامله مع الصبىّ للعلم بعدم إنشاء التّوكيل من الولىّ و عدم قصد الطّرف الوكاله عنه و ثالثا مقتضى ذلك اختصاص الصّحه بما إذا كان المال من غير الصبىّ و أمّا إذا كان منه و لم يعلم له ولىّ إجبارىّ فلا يجوز مع أنّ بناء النّاس ليس على التّفحّص

و ثانيها أن يكون المنشئ للمعامله هو الولىّ مع طرف الصبىّ و كان الصبىّ واسطه فى إقباض المالين و إيصاله إلى المالكين كإيصاله الهديّه إلى المهدى إليه و فيه أوّلا أنّ إنشاء التّمليك لشخص غير معلوم بوجه لا يدخل تحت أحد العناوين التّمليكيّه و ثانيا أنّ الفصل بين هذا الإنشاء و الإنشاء من طرف الصبىّ قد يكون أزيد من سنه و ثالثا أنّ ما هو الواقع فى الخارج ليس كذلك غالبا بل دائما

و ثالثها الاکتفاء فی المعامله بوصول کلّ من المالین إلی مالک الآخر مع رضا الطّرفین و قد تقدم فی المعاطاه ما یدلّ علی صحّه ذلک

فإنّه إما من مصاديقها بناء على عدم اعتبار التعاطى فيها و إمّا أنّه ملحق بها حكما بناء على ما تقدّم من أنّ المعاطاه إنّما تدل على التّسليط المالكى فلو أنشأ التّسليط عن المالك بعوض معيّن فكلّ من أقدم على إعطاء العوض فهو مسلّط على المعوض فإنّه لا يعتبر فى حقيقه التّسليط تعيين المباح له كما فى نثار العرس و لا- الموالاه بين الإيجاب و القبول فهذا لو كان داخلا فى عنوان العقود فيدلّ على صحّتها عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لو لم يكن داخلا فيكفى فى صحّتها السّيره الجاريه بين المتديّنين

نعم لا- بدّ من الاكتفاء بما هو المتيقّن من جريان سيره المتديّنين عليه و هو المعامله الّتى لا تحتاج إلى المساومه بل كانت قيمه العين معيّنه فى الخارج بحيث كان الصبىّ آله صرفه و واسطه فى الإيصال

[مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد إلى آخره

توضيح هذه المسأله يقع فى طى مباحث

الأوّل أنّ بعض الجمل مختصّ بالإنشاء

كصيغه الأمر و النّهى فإنّ مفادهما إيقاع النسبه بين الفاعل و المادّه تشريعا أو سلبها عنه كذلك و بعباره أخرى مفاد الأمر البعث نحو المطلوب تشريعا و مفاد النّهى الزجر عنه كذلك و هذان المعنيان متمحّضان فى الإنشائيه و بعض الجمل مختص بالأخبار كالجمله الّتى كان محمولها أمرا خارجيّا كقوله زيد قائم و بعضها مشترك بين الأمرين كالفعل الماضى و المضارع و الجمل الاسميّه الّتى يكون محمولها قابلا لأن يوجد بالإنشاء فالفعل الماضى يصحّ أن ينشأ بها عناوين العقود و الفعل المضارع يصحّ أن ينشأ بها الأحكام

و السرّ فى اختصاص كلّ واحد بباب هو أنّ الفعل الماضى للنّسبه التحقّقيه و الفعل المضارع للنّسبه التلبسيّه فالماضى أمسّ بإيجاد عناوين العقود به و المضارع أمسّ بتشريع الأحكام به فإن إيجاد عنوان العقد لا يناسبه التلبّس و إيجاب متعلّقات الأحكام لا يناسبه التحقّق و أمّا الجمل الاسميّه فكاسم الفاعل فى قوله هى طالق و اسم المصدر فى قوله أنت حرّ و نحو ذلك كقوله أنت وصيّى أو وكيلى و كلّ ما كان من هذا القبيل و لا يخفى أنّ كون الجمله مفيده للإنشاء أو الإخبار إنّما هو باقتضاء المقام و من المداليل السّياقيّه فإنّ لكلمه بعت معنى إذا كان المتكلّم به فى مقام الحكايه يكون إخبارا و إذا كان فى مقام إيجاد المادّه بالهيئه يكون إنشاء و هكذا سائر الصّيغ القابله للمعنيين

ثم إنّه لا- شبهه أنّ لكلّ من الإخبار و الإنشاء مراتب ثلاث الأولى القصد إلى اللّفظ لا بمعنى أن يكون اللّفظ بالنّظر الاستقلالى

ملحوظا فإنّ هـذا خارج عن استعمال اللّفظ فی المعنی فإنّ الاستعمال عباره عن إلقاء المعنی باللّفظ فاللّفظ غیر منظور فیه و فان صرف بـل بمعنی أن لا یکون اللّفظ صادرا عن غیر الملتفت و الغافل کالنّائم و الغالط فإنّ اللّفظ إذا صـدر فی حال النوم أو علی غیر عمد بأن سبق اللّسان إلیه فلا أثر له

و الثّانیه أن یکون قاصـدا للمعنی باللّفظ أی بعـد کونه قاصـدا لصـدور اللّفظ کان قاصـدا لمـدلوله لا بمعنی کونه قاصـدا لأصـل المعنی فإنّه بعد قصده اللّفظ و علمه بمعناه لا یعقل عدم قصده معناه فإنّ استعمال اللّفظ عباره عن إلقاء المعنی باللّفظ بل بمعنی کونه قاصـدا للحکـایه أو الإیجـاد أی کـان داعیه علی استعمال اللّفظ فی المعنی الحکایه عن وقوع هـذا المـدلول فی موطنه من ذهن أو خارج أو إیجاد المنشأ بهـذا اللّفظ الّـذی هو آله لإیجاده فلو کان قصـده الهزل و اللّعب فلا أثر له و فقد هذین المرتبتین فی الإخبار یوجب عدم صدق الحکایه علیها

و أمّا فى المنشئات ففى العقود يوجب عدم صدق عنوان العقد و فى الأحكام يوجب عدم صدق الحكم الواقعى بل يطلق عليه الحكم الصّورى أو الهزلىّ أو نحو ذلك من الدّواعى

و المرتبه الثّالثه فى الإخبار أن يكون مدلول اللّفظ مطابقا لما يحكى عنه و إلّا يكون كذبا و فى الإنشاء أن يكون المنشأ متحقّقا فى عالم الاعتبار بأن لا يكون المبيع خمرا مثلا و لا يخفى أنّ هذه المرتبه فى الإخبار و الإنشاء خارجه عن اختيار المتكلّم لأنّها أمر خارجي و ليست من مدلول لفظه أيضا

و قد ظهر ممّا ذكرنا أمور الأوّل أن جعل القصد من شرائط العقد أولى من أن يجعل من شرائط المتعاقدين إذ بدونه لا يتحقق العقد كعدم تحقّقه بالفصل بين الإيجاب و القبول و بعدم تطابق الإيجاب و القبول و مجرّد أن عدم تحقّقه نشأ من قبل العاقد لا يوجب عدّه من شرائطه و إلّا لصحّ أن يقال و من شرائط العاقدان لا يتلفّظ بالفارسى و أن لا يقدم القبول على الإيجاب

الثّانى أن قياس الأمر الصّورى على الكذب فى الإخبار لا وجه له لأنّ الكذب مرتبه ثالثه فى الإخبار و الأمر الصّورى يشبه الهزل فى الإخبار لأنه لم يقصد به البعث نحو المطلوب و هكذا فى العقود لو لم يقصد إيجاد المادّه بالهيئه بل قصد الهزل و نحوه فحكمه حكم الهازل فى الحكايه و شبيه الكذب فى الإخبار منحصر فى الإنشاء فى عدم وقوع المنشإ فى عالم الاعتبار و عدم المطابقه فى الإخبار كعدم وقوع المنشإ فى الإنشاء كلاهما خارجان عن مدلول اللّفظ و إمكان القصد إليه

الثّالث ما أفاده فى المسالك من عدم تحقّق القصد فى عقد الفضولي و المكره خلط قصد بقصد فإن القصد يستعمل فى موارد أحدها قصد اللّفظ و ثانيها قصد المعنى فإنّهما معتبران فى أصل صدق العقد فإن عقد النّائم و عقد الهازل ليسا بعقد فإنهما لم يقصدا إيجاد المادّه بالهيئه ثالثها قصد وقوع العقد خارجا عن طيب فى مقابل وقوعه عن كره فإنّ العاقد مع قصده اللّفظ و المعنى تاره داعيه على وقوع مضمون العقد إكراه المكره و أخرى غيره من الدّواعى النّفسانيّه و رابعها قصد وقوع المضمون عن العاقد فى مقابل وقوعه عن غيره كبعض أقسام عقد الفضولي و لا يخفى أنّ اعتبار القصدين الأخيرين إنّما هو لأمر تعبّدى لا لتحقّق مفهوم العقديّه فإنّ عقد المكره و الفضولي من حيث جهه العقديّه لا يقصر عن غيره فما أفاده فى المسالك من أنّهما قاصدان إلى اللّفظ دون مدلوله لا وجه له لأنّهما قاصدان للمدلول أيضا و إنّما الفرق أن قصد وقوع مضمون العقد فى المكره ليس عن داع اختيارى و قصد نفسانىّ بل عن وعيد المكره بالكسر مع عدم إمكان التوريه أو مطلقا على ما سيجى ء و فى الفضولي هذا المعنى أيضا موجود و إنّما المفقود قصد وقوع المضمون عن نفسه و على هذا فقياس المكره على الفضولي أيضا لا وجه له لأنّهما ليسا فى وزان واحد

المبحث الثّانى فى اعتبار قصد المالكين و عدمه

و توضيحه يتمّ برسم أمور الأوّل لا شبهه أنّ تعيين العوضين فى العقود التمليكيّه كتعيين الزّوجين فى النّكاح الثّانى أنّ مقتضى المعاوضه و المبادله دخول كلّ من العوضين فى ملك مالك الآخر الثّالث بعد تحقّق المعاوضه تعقيبها بما ينافيها لا يوجب بطلانها بل يقع لغوا و برهان الجميع واضح أمّا اعتبار تعيين العوضين من حيث الجنس و المقدار فى العقود المعاوضيّه فلأنّ

عيش بنى آدم يتوقّف على تبـديل الأموال و لا يتمّ ذلك إلّا بتعيين ما يقع المال بإزائه من حيث الجنس و المقدار فإنّ المال يقع
بإزاء الصّور النّوعيّه لا بإزاء

الماده المشترکه ثم لا یقع أی مقدار من المال بإزاء أی مقدار من الصوره النوعیّه فیجب تعیین کلتا الجهتین و سیجی ء توضیح ذلک فی محلّه

و أمّا اقتضاء حقیقه المعاوضه دخول کلّ واحد من العوضین فی ملک مالک الآخر فقد تقدّم وجه ذلک فی أوّل البیع و إجماله أنّ المعاوضه تبدیل طرف إضافه بطرف إضافه أخری مع بقاء الطرف الآخر من کلّ من الإضافتین علی حاله أی یتبدّل المملوکین لا المالکین فإذا کان المالکان علی حالهما فی المعاوضه و لم یقم مقام مالک المال مالک آخر کمسأله الإرث بل تبدّل طرف الإضافه القائمه بالمال بطرف الإضافه القائمه بمال آخر فلا بدّ أن یقع کل من المضافین مکان الآخر فی الملک و یجب أن یدخل البدل فی ملک من یخرج عنه المبدل و هذا لا یمکن إلّا إذا دخل المبدل فی ملک من خرج عنه البدل و مجرّد عدم المجانیه و وقوع مال بإزاء مال لیس معاوضه لأنّ العقد هو الأثر الحاصل من فعل المتعاقدین و لیس الثّالث طرفا لهما

فلو کان أثر تملیک البائع تملیک المشتری غیر البائع لزم أن یکون هنا عقدان لو احتاج کلّ تملیک إلی قبول أو إیقاعان لو لم یتوقّف و قد تقدم أیضا أنّه لو قام دلیل علی صحّه ما لو قال اشتر بمالی لنفسک طعاما فلا بدّ من حمله إمّا علی هبه المال له قبل الشّراء و إمّا علی هبه الطعام له بعد الشّراء و إمّا علی إعطائه له أحدهما قرضا و هکذا لو قام دلیل علی صحّه بیع معلّقات الکعبه المشرفه و تملّک ثمنها فلا بدّ من حمله علی غیر البیع من أنحاء التصرّف أو تملّکها آنا ما قبل البیع ثم بیعها و أمّا عدم بطلان المعاوضه بعد تحقّق أرکانها بذکر ما ینافیها بعدها فلأنّه لا موجب لإبطال الأمر اللّاحق الأمر الصّحیح المتقدم نعم لو لم یتحقّق رکن المعاوضه و هو تبدیل المالین فذکر ما ینافیها یوجب بطلانها کقوله بعتک بلا ثمن و آجرتک بلا أجره علی التفصیل الّذی تقدّم فی قاعده ما یضمن

إذا عرفت ذلک فنقول تاره یکون العوضان شخصیّین و أخری کلیّین و ثالثه یکون أحدهما شخصیّا و الآخر کلیّا فإذا کانا شخصیّین فلا یعتبر تعیین مالکهما سواء کان العقد من المالکین أم من غیرهما وکیلا کان أم لم یکن عقبه بما ینافیه أم لم یعقّبه فإنه بعد ما عرفت من أنّ المعاوضه تقتضی دخول العوض فی ملک من خرج عنه المعوض و بالعکس فلو بدل المبیع الشخصی بالثّمن الشخصی و قال بعتک هذا بهذا أو قال بعت هذا بهذا صار المثمن لمالک الثّمن و الثّمن لمالک المثمن و لا یعتبر تعیین المالکین لکونهما معیّنین فی الواقع و لا یضرّ تعقیب العقد بما ینافیه بأن یقول بعتک هذا بهذا لزید مع عدم کون زید مالکا لأحد العوضین بل و لا یضر ذکر المنافی بین الإیجاب و القبول بأن یقول بعت هذا الّذی لزید بهذا الثّمن الّذی لعمرو فإنّه یقع التبدیل بین الثّمن و المثمن و قصد کونه لزید أو ذکره لغو لا یوجب البطلان و لا یقاس علی قوله بعتک بلا ثمن لما عرفت من الفرق بینهما

و بالجمله لم یقم دلیل تعبّدی علی اعتبار قصد المالکین و لا علی بطلان قصد الخلاف و لا یتوقّف عنوان العقدیّه أیضا علی قصد المالکین أو ذکرهما و لا یمکن أن یؤثر قصد الخلاف فی البطلان کما لا یمکن أن یتعدّد وجه وقوع العقد أیضا حتّی یتوقّف علی التّعیین

و أمّا إذا کانا کلّیین فلا بدّ من تعیین ذمّه شخص بالنّسبه إلی أحد العوضین و العوض الآخر لو لم یجعله العاقد فی ذمّه غیره

يتعلّق بذمته ظاهرا فلو قصد الإبهام و قال بعت أو اشتريت منّا من الحنطه

بعشر قرانات فلا يصحّ لأنّ الكلّى ما لم يضف إلى ذمّه شخص لا يكون مالا و لا ملكا فإنّه و إن لم يعتبر الملكيّه و الماليّه قبل العقد و يكفى تحقّقهما بنفس العقد كما فى السّلم إلّا أن تحقّقهما به يتوقف على تعيين ذمّه شخص فإنّ المنّ من الحنطه بدون تعيين ذلك مفهوم و المفهوم بما هو مفهوم لا ماليّه له و إنّما ماليته باعتبار انطباقه على المصاديق الخارجيّه و ما لم يعيّنه فى ذمّه شخص لا ينطبق على مصداق و لا دليل على كفايه تعيين المبهم بعد العقد كشفا أو نقلا

و بالجمله القدر المشترك بين الذّمم لا ماليّه له و لا يقاس على عتق أحد العبدين و طلاق إحدى الزّوجتين و بطلان الزّائد على الأربع من دون تعيين فيما لو أسلم الكتابىّ على الزائد عليهن فإنّه يمكن الفرق بين المقام و بين الأمثله أولا بأنّ الأمثله من باب الشّبهه المحصوره و يمكن أن يقال إنّ إحدى الذمّتين فى المقام أيضا لها اعتبار الملكيّه دون ذمّه من فى العالم و ثانيا بأنّ هذه الأمثله ثبتت بالتعبّد لا على طبق القاعده فإنّ القاعده لا تقتضى تعلّق الطّلاق بإحدى الزّوجتين فإنّ طلاق القدر المشترك لا معنى له و لا معين فى الواقع أيضا حتى يتعيّن بالقرعه فالقاعده تقتضى البطلان

و أمّا إذا كان أحدهما كليّا فإن كان الشخصىّ ملك شخصه وجب تعيين من يقع الكلّى فى ذمّته و أمّا لو انعكس فلا يجب التّعيين و ذلك لأنّه لو كان الشخصىّ ملك غيره تعلّق الكلّى بذمّه نفسه لأنّ ذمّه الغير يحتاج إلى التّعيين و إلّا انصرف إلى النّفس حتّى فيما لو كان وكيلا عن الغير و نظير ذلك النّيابه و الأصاله فى العبادات فإنّه لو اشتغل ذمّته بفريضه لنفسه و كان أجيرا للغير أيضا فلو صلّى و لم يقصد النّيابه وقعت عن نفسه و لو لم يشتغل ذمّه نفسه بها وقعت لغوا فالانصراف إلى النّفس لا مئونه له

نعم لو قصد الإبهام وقع فى نفس الأمر باطلا و إن كان ملزما فى الظّاهر بالالتزام المعاملىّ كما سيجى ء فى العنوان الآتى نظير ذلك ثم إن اعتبار تعيين البائع أو المشترى فى الكلّيين ليس كاعتبار طرفى العقد فى غير باب المعاوضات كالنّكاح و الوصيّه و الهبه و الوقف و نحو ذلك فإنّ الزّوجين و الموصى له أو الوصىّ أو المتّهب أو الموقوف عليه ركن فى هذه الأبواب و بدون التّعيين لا ينعقد العقد و لا يرتبط إنشاء الموجب بإنشاء القابل لأنّه ليس قصد الواهب مثلا الهبه لكلّ من يقبلها و أمّا المعاوضات فاعتبار التّعيين فيها إنّما هو لاعتبار العوض فيها حيث إنّ تحقّق الماليّه فى الكلّى إنّما هو بتعيين المالك و إلّا فما هو الرّكن فيها هو العقد و العوضين فلو تمّ شرائطهما لم يعتبر شى ء آخر أصلا

و على هذا فلا يخفى ما فى كلام المحقّق التّسترى من النّظر أمّا أوّلا فلأنّ اعتبار التّعيين فى الكلّى ليس لاعتبار قصد المالكين بل لاعتبار العوضيّه فإنّ قوام العقد بجعل العوض فى مقابل المعوض و بالعكس و الكلّى ما لم يضف إلى ذمّه شخص ليس مالا و تعيين الذمّه بعد العقد لا يكفى فى تحقّق العقديّه لأنّ الإنشاء من الإيجاديّات و الإيجادى فى الحال لا يعقل تحقّقه فى الاستقبال فلو قام دليل على كفايه تحقّق ما يجب أن يتحقّق فعلا فيما بعد فلا بدّ من تنزيله منزله تحقّقه فعلا و إلّا لا يمكن وجود شى ء فى ظرف أن يكون وجودا له فى غير هذا الظّرف فلا يمكن قياس المقام على العتق و نحوه

و على هذا فلو سلمنا صدق العقد على الكلّى و لو لم يضفه إلى شخص فقوله لا دليل على تأثير التّعيين المتعقّب فيه أنّ الدّليل عليه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله و لا على صحّه العقد المبهم لانصراف الأدلّه إلى الشّائع المعهود ففيه أن التّعارف

بنفسه لاـ يوجب الانصراف و قوله قبل ذلک و الـدّليل على اشتراط التّعيين و لزوم متابعته فى هـذا القسم أنّه لو لا ذلک لزم بقاء الملـک بلاـ مالک ففيه أنّ هـذا لا يتمّ فى جميع الصّور لأنّه لو كان كلّ من العوضـين كليّا فقبل التّعيين لا يتحقّق نقل حتى يبقى الملک بلا مالک

و أمّـا ثانيا فقوله و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمّه زيـد فإن لم يكن وكيلا عن زيـد وقع عنه و تعلّق المال بـذمّته لا عن زيـد ليقف على إجـازته و إن كان وكيلا فالمقتضـى لكل من العقـدين منفردا موجود و الجمع بينهما يقتضـى إلغاء أحـدهما و لما لم يتعين احتمل البطلان للتدافع إلى آخره ففيه أنّه لا فرق بين صوره الوكاله و غيرها فى أنّ التصـريح بالخلاف لا يضـرّ بالعقد و لا يقاس على مثـل بعتـک بلاـ ثمن مع أن احتمـال البطلان يجرى فى غير صوره الوكاله أيضا فإن مجرّد قابليّه وقوع العقـد عن الموكل لو كان منشأ للتّدافع بين قوله اشتريت لنفسـى و قوله فى ذمّه زيد فقابليّه وقوعه عن زيد فضولا أيضا يوجب التّدافع لأنّ كلّ ما صـحّ عن قبل الموكل فى صوره الوكاله صحّ عن المالک فى صوره الفضولى فالتّفصيل بينهما لا وجه له

نعم يعتبر فى قـابليّه وقوع العقـد عن قبل الموكل أو المالک أن يكون العقـد جامعا لشـرائط الصّـحه من جميع الجهات إلّا أنّه فى صوره الوكـاله لاـ يحتـاج اسـتناده إلى الموكل إلى الإجازه منه بعـد وقوع العقـد و هـذا بخلاف عقـد الفضولى فإنّ اسـتناده إلى المالک يتوقّف على الإجازه

و على هذا فيرد على عباره المتن

فى قوله و إذا لم يقصـد المعاوضه الحقيقيّه فالبيع غير منعقـد فإن جعل العوض من عين غير المخاطب الّـذى ملكه المعوّض فقال ملّكتک فرسـى هـذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعـدم مفهوم المعاوضه معه و فى وقوعه اشتراء فضوليا لعمرو

كلاـم يأتى فإن مع تصـريحه بعـدم انعقاد البيع لا وجه لوقوعه اشتراء فضوليا لعمرو فإنّ العقـد الفضولى لا بـدّ أن يكون المقصود منه المعاوضه الحقيقيّه حتّى فى بيع الغاصب لنفسه و أمّا مع عدم قصد البيع أصلا فلا يصحّ رأسا

و ما وجّهنا به هـذه العباره سابقا و هو عـدم قصـد المعاوضه مع المخاطب لا عـدم قصد أصل المعاوضه لا يسـتقيم لأنّه لو لا قوله فـالبيع غير منعقـد لكـان لهـذا التوجيه وجه و أمّـا معه و مقـابله قوله و إذا لم يقصـد المعـاوضه مع قوله سابقـا فالمقصود إذا كان المعاوضه الحقيقيّه فلا وجه له فتأمل لعلک تتصوّر وجها له ثم لا بأس بالإشاره إلى ما أفاده المصـنف فى توجيه ما أفاده المحقّق التّسترى فيما إذا كان العوضان معيّنين بناء على عدم اعتبار التّعيين فقال المحقّق التّسترى و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير

و قال المصـنف و أمّا ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشـكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظّاهر وقوعه عن البائع و لغويه قصـده عن الغير لأـنه أمر غير معقول لاـ يتحقّق القصـد إليه حقيقه و هو معنى لغويّته و لـذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته إلى أن قال إلّا أن يقال إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضه الحقيقيّه لم لا يجعل

هذا قرينه على عدم إرادته من البيع المبادله الحقيقيّه أو على تنزيل الغير منزله نفسه فى مالكيّه المبيع إلى آخره

و حاصل ما أفاده أنّه بعد تحقّق المعاوضه و تبديل مال معيّن بمال آخر كذلك فذكر ما ينافى ذلك لا يضرّ فلو قصد بيع مال نفسه للغير يقع لنفسه و لو قصد بيع مال غيره لنفسه كالغاصب فيقع للغير لأن بعد قصد المعاوضه لا أثر

لقصـد ما ينافيها نعم لو قيل بأن قصـد بيع مال نفسه للغير كاشف عن عـدم قصد المعاوضه فلا موجب للصـحه كما أنّه لا موجب لهـا أيضا لو نزل الغير منزله نفسه فأوقع المعامله بين ذلك الغير و المشترى فإنّه بهـذا التّنزيل أخرج نفسه عن الطّرفيّه فلا تقع له و لاـ يمكن أن يقع أيضـا للغير بإجـازته لأنّه غير مالك و لا إضافه بينه و بين المبيع فهـذا التّنزيل موجب للبطلان عكس ما إذا نزل الغاصب نفسه منزل المالك فإنّه موجب للصحّه

ثم إنّ بعض المحشّين أورد على الشقّ الأوّل من الترديـد بأن كون عـدم المعقوليه قرينه على عـدم إراده المعاوضه الحقيقيّه إنّما يتمّ إذا شكّ فى قول الغير و أمّا مع صدور المعامله الخاصّه عن نفسه فلا معنى لجعله قرينه إذ هو مطّلع على ما قصد و على الشقّ الثّانى من التّرديد بأنّ تنزيل الغير منزله نفسه فى مالكيّه المبيع وجه للصـحّه لا للبطلان كما فى تنزيل الغاصب نفسه منزله المالك و فيهما ما لا يخفى

أمّـا فى الأـوّل فلأـنّ القرينه الواقعه فى الإنشـاء ليست كـالقرينه الواقعه فى الإخبار كاشـفه عن المراد حتّى يقال إن المتكلّم مطلع على مراده بل قرينيّه القرينه فى الإنشاء معناها أنّ العقد المتحصّل من إنشاءين إذا لم يتعقّب بما ينافيه فهو يقع على طبق ما أنشأ و أمّـا إذا اقترن بمـا ينـافيه كقوله بعتك بلا ثمن فلا يقع الإنشاء للتّـدافع ففى مثل بيع مال نفسه عن غيره يحتمل الصّـحه بأن يجعل قصـد الغير لغوا و يحتمـل البطلاـن بأن يجعل قصـد الغير بمنزله بلا ثمن فى كونه إيجادا لما ينافى إنشاءه و هـذا هو معنى قرينيّته لعدم قصد المعاوضه الحقيقيّه

و أمّـا فى الثّـانى فللفرق بين قصـد المـالكيّه فى بيع الغـاصب و تنزيـل الغير منزله نفسه فى بيع المالك و هو أنّ القصـد فى الأوّل مصـحّح للمعامله دون الثّانى و ذلك لأنّ العناوين الواقعيّه أو الجعليّه قـد يكون الأثر فيها مترتّبا على المعنون بها أولا و بالـذّات و بتوسط انطباقها على المصداق يرتب على هذا المصداق ثانيا و بالعرض فإنّ زيدا يجب عليه الحجّ لكونه مستطيعا

و قـد يكون الأثر مترتّبا على المصـداق لكونه معنونا فالعنوان من قبيل الدّاعى و واسطه فى الثّبوت مثلا لو اقتدى بالعادل و تخيّل أنّه عمرو فبان أنّه زيد صـحّت صـلاته و لو اقتدى بعمرو لكونه عادلا فتبيّن أنّه زيد بطلت صلاته ففى الأوّل قصد كونه مالكا من الـدّواعى و من قبيـل الخطإ فى التّطبيق فـإنّ المقصود إيقـاع المبادله بين المالين من المالكين و حيث يعلم بأن كلّا منهما ليسا له يبنى على مالكيّه نفسه حتّى يتحقّق قصد المعاوضه حقيقه فإذا تمّت المعاوضه و أجاز المالك وقعت له

و أمّـا فى الثّانى فقصـد كون ماله لغيره لا يمكن أن يكون من قبيل الخطإ فى التّطبيق بل يكون ضـدّ ذلك لأنّه يرى نفسه خارجا عن طرف المعاوضه فصـحّته عن قبل نفسه لا يعقل بعـد إخراج نفسه عن المالكيه و صـحّته عن الغير أيضا لا معنى لها بعـد عـدم تأثير إجازته و بالجمله تنزيل الغير منزله النّفس موجب للبطلان لأنه لا يعقل دخول البـدل فى ملك الغير مع عـدم خروج المبدل عن ملكه و لا وقوعه عن نفسه لإخراج نفسه عن المالكيّه و تعقيب إنشائه بما ينافيه

نعم بناء على ما ذكرنا من أنّ ذكر ما ينافى العقـد بعـد تحقّق أركانه يقع لغوا و لا يوجب بطلانه فهـذا القصد لغو و على أىّ حال هذا القصد ليس مصحّحا للمعامله بل إمّا يقع لغوا أو موجبا للبطلان

المبحث الثالث فى تعيين الموجب لخصوص المشترى و القابل لخصوص البائع

و فيه أيضا جهات من البحث الأولى فى أنّه هل فرق بين هذا المبحث و المبحث الثّانى أو لا فرق بينهما و الحقّ

عدم الفرق بينهما ففيما إذا كان العوضان شخصيّين فكما لا يعتبر تعيين البائع من يبيع له و لا تعيين المشترى من يشترى له فكذا لا يعتبر أن يعلم البائع بأنّ المشترى يشتريه لنفسه أو لغيره و أنّ الثمن ملك له أم لا و هكذا فى طرف المشترى لأنّ التبديل يقع بين المالين فكلّ من هو مالك للثمن ينتقل إليه المثمن و بالعكس

نعم فى غير باب المعاوضات كعقد النّكاح و الهبه و الوقف و الوصيّه و نحو ذلك كالضّمان و الحواله يعتبر العلم بالطّرف فإنّ خصوصيّات الأشخاص لها ركنيّه و دخل تام فى نظر الطّرف و بالجمله من يتعلّق العقد به تاره هو ركن فى العقد و أخرى ليس كذلك فلو كان ركنا فلا بدّ من تعيينه فلو لم تعلم الزّوجه بأنّ القابل هو الزّوج أو وكيل عنه لم يصحّ العقد و هذا بخلاف البيع

الثّانيه إذا علم بأنّ الطّرف الآخر وكيل أو وليّ فهل يصحّ فى مقام إجراء الصّيغه المخاطبه مع الطّرف مطلقا بأن يقول أنكحتك أو لا- يصحّ مطلقا أو التّفصيل بين البيع و ما يحذو حذوه و بين النّكاح و ما يتلو تلوه و الحقّ هو التّفصيل لا للفرق بين وكيل الزّوج و وكيل البائع بأن يقال يطلق على وكيل البائع بأنّه بائع و أمّا وكيل الزوج فلا يقال بأنّه زوج فإنّ هذا باطل لعدم الفرق بين الإطلاقين كما أشار إليه المصنف بقوله فتأمل بل لأنّ ما لم يعتبر فيه أن يكون شخصا خاصا صحّ مخاطبته بما أنّه هو أو بما أنه وكيل لا- بمعنى أن كاف الخطاب وضع فى البيع و نحوه للأعمّ فإنّه باطل بل بمعنى أنّه فى البيع يتعارف تنزيل الغير منزله المخاطب فلو علم بالوكاله نزل الوكيل منزله نفس الموكل فيخاطبه بقوله بعتك بما أنت موكلك و أمّا لو يعلم بها فيخاطبه بقوله بعتك بما أنت أنت و هذا بخلاف باب النّكاح فإنّه لا يتعارف فيه ذلك فمع أنّ المخاطب فى كلتا الصّورتين هو العاقد يختلف كيفيّه الخطاب اعتبارا

الثّالثه بعد صحّه البيع و لو لم يعلم بأنّ الطّرف يشتريه لنفسه أو لغيره فهل الملزم بالالتزام العقدى نفس العاقد و لو ثبت بأنّه وكيل أو يفصل بين ما إذا ثبت وكالته فالملتزم هو الموكل و ما لم يثبت فالعاقد وجهان و الأقوى هو الأوّل

و على هذا فلا- يسمع دعوى الوكاله لأنّ الدعوى إنّما تسمع فيما إذا كان الأثر مترتّبا على المدّعى به و أمّا لو لم يكن له الأثر سواء كان ثابتا فى الواقع أم لا فلا وجه لسماع الدّعوى فالعمده إثبات أنّ الملتزم بالالتزامات نفس العاقد فيما لم يعلم أنه وكيل لأنّه لو علم كونه وكيلا فالملتزم هو الموكل بلا شبهه لأنّ الخطاب و إن كان متوجّها إلى الوكيل إلّا أنّه لا بما هو هو بل بما أنه موكله فكأنّ الطرف مع علمه بوكاله المخاطب جعل الالتزامات العقديّه على الموكل و أمّا لو يعلم بها فالملزم هو الوكيل و لو ثبت كونه وكيلا بعد هذا غايه الأمر أنّه أيضا يرجع إلى الموكل لأنّ الطّرف حيث إنّه جاهل بوكالته فينشئ الالتزامات الصّريحه أو الضّمنيه معه بل لعلّه لو كان عالما بوكالته لما أوقع المعامله مع الموكل لأنّ النّاس فى السّهوله و الصّعوبه و العسر و اليسر و المماشاه و المماطله مختلفون فالوكيل المفوّض كما هو مفروض الكلام لو لم يصرّح بالوكاله فهو الملزم بالتّسليم و سلامه المبيع و نحو ذلك من الشّروط الضّمنيّه و الصّريحه لأنّه بإنشائه التزم أمرين

أحدهما الالتزام بكون المبيع عوضا عن الثمن و أثر هذا الالتزام انتقال كلّ واحد من العوضين من أى مالك كان إلى مالك الآخر فعليه إلزام موكله بأخذ الثّمن أو المثمن منه و تسليمه إلى الطّرف و للطّرف الرّجوع إليه ابتداء و ثانيهما الالتزام بعدم العيب و الغبن و نحو ذلك من الشّروط الضمنيّه أو الصّريحه و أثر هذا الالتزام أيضا رجوع الطرف إليه

ابتداء و بعد رجوعه إليه فهو أيضا يرجع إلى موكله

نعم لو كان كاف الخطاب موضوعا للأعمّ لكان سماع الدّعوى منه فى غايه الوضوح لأنّ ظهور الإطلاق فى كونه هو الأصيل لا ينافى سماع الدعوى منه فإنّ مورد سماع الدعوى هو كون الأثر على المدّعى به مع كونها مخالفه للأصل أو الظّاهر فمع الالتزام بكون الكاف موضوعا للأعمّ لا وجه لعدم سماع قول من يدّعى الوكاله

و لعلّ قوله فتأمّل

إشاره إلى ذلك

[مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار إلى آخره

قد تقدم أنّه يعتبر فى تحقّق عنوان العقديّه أمران الأوّل أن يكون قاصدا للّفظ بما أنّه فان فى المعنى و حاك عنه و قصده كذلك مع عدم قصد المعنى لا يجتمعان فإنّ قصده كذلك الّذى هو عباره عن استعماله فى المعنى ملازم لقصد المعنى منه نعم قصد اللّفظ موضوعيّا كمن يتكلّم تقليدا أو غير عالم بالمعنى لا يلازم قصد المعنى الثّانى أن يكون الداعى على الاستعمال بعد قصد اللّفظ وقوع المدلول فى الخارج فعقد الهازل لا أثر له لأنّه و إن قصد المعنى بتوسّط قصده اللّفظ إلّا أنّه غير قاصد لوقوع المدلول فى الخارج أى لم يقصد من قوله بعت إيجاد الماده بالهيئه خارجا بل قصد صوره و هزلا

و يعتبر فى نفوذ العقد و مضيّه شرط ثالث و هو أن يكون إراده الفعل ناشئه عن طيب النّفس أى يكون الموجب لإراده الفعل و الدّاعى لها الّذى هو بمنزله العلّه للإراده و إن لم تكن علّه و إلّا لزم القول بالجبر كما برهن فى محلّه طيب نفسه لا إكراه المكره فإنّ المكره بالفتح و إن كان قاصدا للّفظ و قاصدا لوقوع مدلوله فى الخارج أيضا إلّا أن هذا القصد نشأ عن غير رضاه منه فلو كان هذا القصد أيضا ناشيا عن الرّضا خرج عن عنوان الإكراه و لو انتهى إلى غير الرّضا كما أنه لو كان أصل صدور الفعل عن غير اختيار فهو أيضا خارج عن عنوان الإكراه

و بعباره واضحه هنا أمور ثلاثه اثنان منها خارج عن عنوان الإكراه و الإكراه متوسّط بينهما الأوّل ما إذا صدر الفعل عن غير إراده كمن وجر فى حلقه مفطر أو كتف و ألقى فى السفينه و الثّانى ما إذا صدر الفعل عن إراده و نشأت هذه الإراده عن داع نفسانىّ إلّا أنّ الدّاعى على هذا الدّاعى غير الرّضا و الاختيار كمن كان جائعا فباع ثوبه ليشترى بثمنه خبزا بحيث لو لم يكن مضطرّا لما باعه و المكره واسطه بين هذين الشّخصين فإنّه مختار فى الفعل إلّا أنّ هذا الاختيار نشأ عن غير اختيار و أمّا الجائع و نحوه كمن أكره على إعطاء مائه دينار فباع داره لإعطاء الدّنانير فإراده الفعل أيضا نشأ عن الاختيار إلّا أنّ هذا الاختيار نشأ عن أمر غير

اختیاریّ و کیف کان فموضوع البحث فی عقد المکره وجود جمیع الشرائط سوی الرضا بالمعامله فما عن العلّامه و الشّهیدین قدّس اللّه تعالی أسرارهم من أنّ المکره قاصد إلی اللّفظ دون مدلوله لیس مقصودهم ما هو ظاهر عبارتهم أمّا مراد الشّهیدین فبالنّظر إلی قیاسهما الکره علی الفضولی یظهر أن مقصودهما من قولهما أنّ المکره قاصد إلی اللّفظ غیر قاصد إلی مدلوله هو أنّ المکره لم یقصد ما هو ظاهر إنشاء کلّ منشئ من رضائه بوقوع المدلول فی الخارج کما أنّ الفضولی لم یقصد ما هو ظاهر المعامله من وقوعها لنفسه و أمّا العلّامه فمقصوده من قوله فی التحریر لو أکره علی الطّلاق فطلّق ناویا فالأقرب وقوع الطّلاق إذ لا إکراه علی القصد هو التّفصیل بین أقسام المکره و هو أنّ کلّ من لم یتمکّن من التوریه فهو مکره و أمّا من أمکن له التوریه فإذا لم یوروا وقع المعامله فلیس مکرها بل صدرت المعامله عنه عن طیب

و بالجمله فمحلّ الکلام

فى المقام هو أنّ الدّاعى الذى ينشأ منه إراده الفعل يجب أن يكون اختياريا فعدم قصد وقوع المدلول فى الخارج كما فى الهازل لا يدخل تحت هذا العنوان كما أن انتهاء جميع الدّواعى فى السّلسله الطّوليه إلى الاختيار أيضا لا دليل على اعتباره و إلّا لزم عدم صحّه أغلب المعاملات فلو كان محلّ البحث هو البيع الصّادر عن إراده ناشئه عن الإكراه لصحّ التمسّک لاعتبار الاختيار المقابل لهذا المعنى بالأدلّه العامّه و الخاصّه

أمّا الأدلّه العامّه فكقوله عزّ من قائل إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ع لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه و قوله ص رفع ما أكرهوا عليه فإنّ الإكراه على إراده المعامله يخرجها عن التّجاره النّاشئه عن الرضا بها و عن طيب النّفس فإنّ المكره و إن كان راضيا بالفعل بمعنى أنّه يصدر عنه بالاختيار إلّا أنّه غير راض بحاصل فعله و بإرادته للفعل الّذى يترتّب عليه الأثر فلم يصدر التّجاره عن رضا

و أمّا حديث الرّفع فبناء على ما بيّنا مفاده فى الأصول من أنّ الرفع رفع تشريعىّ و لا يحتاج إلى التّقدير فدلالته على المقصود واضحه و لا يتوقّف التمسّک به على ضمّ استشهاد الإمام ع به على رفع أثر الحلف بالطّلاق إذا كان الحالف مكرها لما بيّنا من دلالته بنفسه مع قطع النّظر عن الخارج و على أىّ حال المناقشه فى الاستشهاد بحمل نفس الاستشهاد على التّقيه غير صحيحه لأنّ الظّاهر أنّ الإمام ع فى استشهاده بحديث الرّفع بيّن الحكم الواقعى و إنّما اتّقى فى تطبيق الحديث على المورد ففى بيان الكبرى لا تقيّه فيدلّ الحديث على رفع الآثار الوضعيه كرفع الآثار التّكليفيّه فى حال الإكراه

و نظير المقام ما ورد عن الصّادق ع فى قوله ذاک إلى الإمام إن صمت صمنا و إن أفطرت أفطرنا فإنّ الظّاهر من هذا الحديث أنّه ع لم يتّق فى ثبوت الهلال بحكم إمام المسلمين بل فى تطبيق الإمامه على المنصور الّذى أمر الإمام ع بإفطار آخر يوم الصيام كما أنّ الإشكال عليه بأن مقتضاه بطلان البيع عن اضطرار مع عدم إمكان الالتزام به غير وارد لأنّ الحديث حيث ورد فى مقام الامتنان فلا امتنان فى رفع أثر المعاملات الصادره عن اضطرار هذا مع أنّ الاضطرار إلى المعامله عباره عما يكون نفس المعامله اضطراريّه و أمّا إذا كانت المعامله ممّا يدفع بها الاضطرار فلا يدلّ الحديث على رفعها كما أنّه لو كان الخطأ أو النّسيان متعلّقا بأمر آخر غير نفس المعامله و صدرت المعامله عن عمد و التفات فهذه لا ترتفع بالحديث

و على أىّ حال سواء قلنا برفع الآثار الوضعيّه أيضا كرفع الأحكام التكليفيّه كما هو ظاهر استشهاد الإمام ع بالحديث أم لم نقل به بأن يحمل نفس الاستشهاد على التقيّه فعدم مضى المعامله إذا كانت إكراهيّه لا إشكال فيه لأنّ الإكراه موجب لفقد الرّضا مع أنّ رفع الآثار الوضعيّه به فى الجمله لا إشكال فيه و تمام الكلام فى الأصول

و أمّا الأدلّه الخاصّه فهى الأخبار الوارده فى الطّلاق و العتق فعن زراره عن أبى جعفر ع عن طلاق المكره و عتقه فقال ع ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق و عن أبى عبد اللّه عليه السّلام لا يقع الطّلاق بإكراه و لا إجبار و لا مع سكر و لا على غضب إلى غير ذلک من الأخبار

ثم إنّه لا ينافى الصّحه مع الرضا اللّاحق فى العقود البطلان مطلقا فى الطّلاق و العتق لأنّ البطلان فيهما إنّما هو لخصوصيّه كونهما

إيقـاعيّين و الإيقاع لا يقبل الرضا المتأخّر كما أنّه لا محـذور فى الجمع بين ما لا إراده فى الفعل كما فى السّكر و الغضب الّذى أريد منه مورد سلب الشّعور و الإجبار

إذا أريد منه سلب الاختيار كحركه المرتعش و ما فيه الإراده كالإكراه لاشتراك القسمين فى الجامع و هو بطلان الطّلاق

قوله قدّس سرّه ثم إنّ حقيقه الإكراه لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه إلى آخره

بعد ما تبيّن حكم الإكراه و أنّه لا يترتّب الأثر على العقد أو الإيقاع الصادر عن المكره

يجب التّنبيه على موضوع الحكم و بيان القيود المعتبره فيه

اشاره

و فيه جهات من البحث

الأولى فى بيان حقيقته

و قد ظهر ممّا قدّمنا أنّ الإكراه المبحوث عنه بين الأعلام هو الواسطه بين مثل حركه المرتعش و الاضطرار فهو عباره عن تحقق إراده وقوع المضمون عن غير رضا و طيب و هذا هو مقصود المصنف قدّس سرّه

فى قوله فالمعيار فى وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضّرر عن الاستقلال فى التصرّف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه و لا يتعمّد إليه عن رضا و إن كان يختاره دفعا للضّرر

و توضيح ذلک أنّ الغرض من المعامله قد تكون هو التّجاره و قد تكون حاجه عارضه و هذه الحاجه تاره هى دفع ضرر ترک المعامله و أخرى دفع ضرر آخر فلو كان مكرها بدفع شى ء فباع داره لتحصيل المكره عليه أو كان مضطرّا لشراء ما يسدّ به خلّه عياله فباع داره لتحصيل ثمن ما يحتاج إلى شرائه فهذا ليس مكرها على المعامله بالداعى الأولى و إن كان مكرها عليها ثانيا و بالعرض و أمّا لو كان مكرها على المعامله أوّلا و كان الحامل لها أمر المكره فهو موضوع البحث و اعتبار كون التّجاره عن تراض يقتضى خروج هذه المعامله عمّا تعلّق الإمضاء الشّرعيّ به لكونها عن غير رضا لا القسم الأوّل فإنّه و إن انتهى إلى عدم الرّضا إلّا أنّه لا يصدق عليه أنّه غير راض لأنّه و إن أوجد المعامله لدفع الضّرر إلّا أنّه مستقلّ فى فعله

ثم بعد اعتبار الإكراه على نفس المعامله و كون وقوعها ناشيا عن حمل الغير على ما يكرهه لا مجرّد استرضاء خاطره من دون طلب منه يعتبر توعيد الطّالب على التّرک ثم يعتبر الظنّ أو الاحتمال العقلائى على ترتّب ذلک الوعيد على التّرک فمجرّد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل فى موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا أو الضّرر من شخص آخر غير الأمر كما أنه مع عدم احتماله الترتّب ليس داخلا فى عنوان الإكراه لأنّ الشّخص فى هذه الصّور إمّا مستقلّ فى التصرّف و إمّا أن صدوره منه ليس لعنوان الإكراه بل للاضطرار و نحوه و على هذا فمثل أمر الوالدين أو أمر من لا يمكن مخالفته حياء لا يدخل فى عنوان الإكراه إلّا إذا خرج صدور الفعل من الفاعل عن داعى حصول اسم المصدر و على هذا يحمل ما دلّ على رفع أثر الطّلاق الصادر مداراه بأهله أو على عدم قصد المضمون

كما أن روايه ابن سنان عن الصادق ع قال لا يمين فى قطيعه رحم و لا فى جبر و لا فى إكراه قلت أصلحك اللّه و ما الفرق بين الجبر و الإكراه قال الجبر من السّلطان و يكون الإكراه من الزّوجه و الأم و الأب و ليس ذلك بشى ء الدالّه على دخول إكراه الزّوجه و الأبوين فى عنوان الإكراه لا بد أن تحمل على خصوص الإكراه فى اليمين لأنّها حيث تكون مرجوحه فلا أثر للإكراه عليها و لو كان من قبل الأبوين و الزّوجه و على هذا فالاستدلال بها للمقام غير مستقيم لأنّ البيع ليس مرجوحا فإذا لم يخف البائع من تركه و صدر منه فهو مستقلّ فى التصرّف

ثم إنّ قوله و ليس بشى ء يرجع إلى صدر الحديث أى ليس اليمين فى مورد الإجبار و الإكراه بشى ء فيكون السّؤال و الجواب جملتين معترضتين بين الصّدر و الذّيل و منشأ الفصل عدم إمهال السائل لإتمام الإمام ع كلامه

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا من الفرق بين الاضطرار و الإكراه ظهر اندفاع ما يتوهّم من التّناقض بين كلامى المصنف

وجه التوهّم هو أنّ توجيهه قدّس سرّه كلام الشهيدين و هو أنّ المكره و الفضولى غير قاصدين لمدلول العقد بأن المراد من القصد المفقود فى المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه فى الواقع مناقض لما ذكره فى أوّل العنوان من أنّ المراد من الاختيار هو القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النّفس فى مقابل الكراهه فإنّ قوله فى أوّل العنوان ظاهر فى أنّ المكره قاصد لوقوع أثر العقد و مضمونه فى الواقع إلّا أنّه نشأ قصد وقوع مضمونه فى الخارج عن إكراه و كلامه فى التوجيه ظاهر فى أنّ المكره لا يكون قاصدا لوقوع مضمون العقد مضافا إلى كونه غير راض به

وجه الدفع يتوقّف على تمهيد مقدّمه و هى أنّ الفعل المحرّم الصادر عن الإنسان كشرب الخمر يقع على أنحاء منها شربه تشهيا و منها شربه علاجا و منها شربه مكرها عليه و لا إشكال فى أنّ القسم الأوّل يصدر عنه بتمام الاختيار من حيث اختيار الفعل و اختيار الأثر الحاصل منه و هو السّكر و أمّا الثّانى فالفعل و قصد حصول الأثر المرغوب عنه و إن صدرا بالاختيار إلّا أن قصد الأثر حصل لدفع الضّرر فهو نشأ عنه ثانيا لا أوّلا و بالذات و أمّا الثّالث فالفعل و إن صدر عنه بالاختيار إلّا أنّه لم يقصد حصول الأثر حتّى فى المرتبه الثّانيه لأنّه لا يكون غرضه فى صدور الفعل حصول النّتيجه و الثّانى يسمّى بالمضطرّ إليه و الثّالث بالمكره عليه

إذا عرفت ذلك ظهر أن مراده فى التوجيه من أنّ المكره غير قاصد لمضمون العقد ليس كونه غير قاصد للانفعال الّذى هو أثر الفعل مع قصده الفعل بل مراده أنّ نتيجه فعله أى الأثر المترتب عليه كالانتقال الخارجىّ الذى هو بمعنى اسم المصدر لم يصدر عنه باختيار و رضا

و بعباره أخرى يشترك المضطرّ مع المكره فى قصدهما المعنى المصدرىّ إلّا أنّهما يفترقان فى قصد اسم المصدر فإنّ المضطرّ قاصد له كقصده المعنى المصدرىّ عن طيب بخلاف المكره فإنّه لم يقصد حاصل المصدر عن رضا و يمكن أن يكون هذا مراد العلّامه قدّس سرّه فى قوله لو أكره على الطّلاق فطلّق ناويا فالأقرب وقوع الطّلاق إذ لا إكراه على القصد أى نوى الحاصل من المصدر و قصد تحقّق مضمون العقد لا بمعنى أنّه قصد مدلوله بل بمعنى كون الفعل ناشئا عن قصد حصول الأثر

و بعباره أخرى قد يكون قصد المعنى المصدرىّ تبعا لقصد اسم المصدر فإن المقصود توجه أولا إلى قصد اسم المصدر و حيث إنّه حاصل من المصدر فيقصد المعنى المصدرىّ مقدّمه و المضطرّ كذلك لأنّه لمّا توقّف علاج مرضه على السّكر فيقصد الشرب المحصّل له مقدّمه و أمّا المكره فلا يريد السّكر أصلا بل الشّرب هو المقصود الأصلى له فعلى هذا يصحّ أن يقال إنّ المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد أى المتحصّل من العقد و الأخبار المصرّحه بأنه لا طلاق لمن لا يريد الطّلاق ناظره إلى هذا المعنى

و حاصل الكلام أنّه ليس مقصود المصنف قدّس سرّه من أنّ المكره لا يكون الدّاعى له من الإنشاء قصد وقوع مضمونه فى الخارج أنّ المكره لا يقصد إيجاد المادّه بالهيئه بل مقصوده أنّه لا غرض له من إيجاد المادّه بالهيئه و إن أوجدها بها فإنّ غرضه

و داعيه هو دفع الضّرر الّذى ينشأ من تركه إيجادها فهو يوجدها بها لا عن رضا بخلاف المضطرّ فإنّه يوجدها بها عن رضا منه فهو مستقلّ فى التصرّف دون المكره

الجهه الثّانيه ما أشاره إليه المصنف

بقوله قدّس سرّه ثم إنّه هل يعتبر فى موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوعّد به

بما لا يوجب ضررا آخر إلى آخره

و حاصله أن إمكان دفع الضرر بالوقوع فى ضرر آخر لا يخرج الفعل عن عنوان الإكراه و لذا لو أكره على الطّبيعى فكلّ واحد من مصاديقه يصدق عليه أنّه وقع مكرها عليه و هكذا لو أكره على أحد الشّيئين فاختيار أحدهما لا يخرجه عن عنوان الإكراه

و توهّم كونه مختارا فى اختيار الخصوصيّه فاسد جدا لأنّ الخصوصيّه إذا صدرت لدفع إيعاد المكره فليست صادره عن طيب و هذا لا إشكال فيه إنّما الإشكال فى أنّه إذا أمكنه دفع الضّرر بالتوصّل إلى شخص ليدفع ضرر المكره أو بالتّوريه فهل يكون مكرها مطلقا أو لا يكون كذلك مطلقا أو يفصل بين التّوريه فيكون مكرها و غيرها فلا وجوه و الأقوى هو التّفصيل

و توضيحه يتوقّف على رسم أمور الأوّل فى معنى التّوريه و المشهور أنّها عباره عن إلقاء الكلام الظّاهر فى معنى و إراده خلاف ظاهره مع إخفاء القرينه على الخلاف و فى مجمع البحرين وريت الخبر توريه إذا سترته و أظهرت غيره حيث يكون للّفظ معنيان أحدهما أشيع فتنطق به و تريد الخفى إلى آخره و فى القاموس و ورّاه توريه أخفاه و فى تلخيص المفتاح و منه التّوريه و تسمّى الإيهام أيضا و هو أن يطلق لفظ له معنيان قريب و بعيد و يراد البعيد إلى آخره

و الظّاهر عدم انحصار التوريه بما عرفوها به فإنّ هذا الّذى ذكر فى تعريفها ينحصر فى الإخبار و الجامع بين الإخبار و الإنشاء هو أن تعرّف بمطلق إخفاء المقصود سواء كان بهذا النحو الّذى ذكر أم بنحو ذكر اللّفظ و عدم قصد المعنى بأن لا يكون ذكره اللّفظ استعمالا بل ناظرا إليه بالنّظر الموضوعىّ و بعباره أخرى استعمال اللّفظ عباره عن إلقاء المعنى باللّفظ فإذا لم يكن مقصود اللّافظ هو الاستعمال إمّا بأن لا يلقى ما هو معناه و إمّا بأن لا يلقى به معنى أصلا بل ينظر إليه لا بما هو فان و آلى بل بالنّظر الاستقلالىّ كاستعمال اللّفظ و إراده شخص هذا اللّفظ كقوله زيد لفظ فهو المورى

و على هذا فالتوريه فى الحكايات قد تكون عباره عن إراءه استعمال الألفاظ فى المعانى حكايه مع أنّه ليس داعيه إلّا صرف التلفّظ و فى الإنشائيات عباره عن كونه مرائيا بأنّه يوجد المواد بالهيئات و ينشأ المعانى بالألفاظ مع أنّه ليس كذلك

و على أىّ حال لا يخرج الكلام عن الكذب بالتّوريه لأنّه عباره عن مخالفه ما هو ظاهر اللّفظ مع ما هو الواقع خارجا سواء كان اللّافظ مريدا للظّاهر أم لا قاصدا لاستعمال اللّفظ فى المعنى أم لا الثّانى قد تقدم أنّه يعتبر فى رفع الإكراه أثر المعامله ترتّب الضّرر على مخالفه الفعل المكره عليه و محلّ بحث الأعلام فى عدم اعتبار إمكان التفصّى مطلقا أو اعتباره كذلك أو التّفصيل بين إمكانه بغير التوريه و إمكانه بها إنّما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتّب الضرر على مخالفه الفعل المكره عليه و أمّا لو قلنا بأن مجرّد حمل الغير على ما يكرهه يكفى فى ارتفاع أثره لصدق الإكراه فالنزاع فى اعتبار إمكان التفصّى مطلقا أو عدم اعتبار إمكانه كذلك أو التّفصيل لغو و ذلك لصدق الإكراه بمجرّد عدم رضاء المكره بالنتيجه و من هنا صحّ تمسّك المصنف بروايه ابن سنان الدالّه على عدم اعتبار إمكان التفصّى مطلقا و لا يرد عليه ما أورد بأنّ الظّاهر من الرّوايه تحقّق الإكراه بدون التوعيد بالضّرر لا أنّ التفصّى بغير التّوريه أيضا غير لازم فلا دخل لها بمسأله إمكان التفصّى و عدمه و ذلك لما عرفت من أنّ محلّ البحث إنّما هو بعد اعتبار ترتب الضّرر و الرّوايه حيث دلّت على أنّ إكراه الزّوجه أو الوالدين ليس بشى ء

مع أنّ التفصّی بغیر التوریه بالنّسبه إلی مخالفتهم أیضا ممکن فتدلّ علی عدم اعتبار العجز عن التفصّی مطلقا

نعم قد یورد علیه أنّ الرّوایه مختصّه بمسأله الإکراه فی مورد الیمین لا مطلقا و کیف کان فثمره هذا النّزاع إنّما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتّب الضّرر علی مخالفه الفعل المکره علیه الثّالث یظهر من المصنف أنّ الفرق بین التخلّص من التوریه و غیرها من وجهین أحدهما من حیث الحکم و ثانیهما من حیث الموضوع أمّا من حیث الحکم فحاصله أنّ الإکراه و إن لم یکن صادقا موضوعا علی ما إذا تمکّن من التفصّی مطلقا إلّا أنّ إطلاق الأخبار و معاقد الإجماعات تلحقان القادر علی التفصّی بالتوریه بمن لا یقدر علیه

أمّا عدم صدق الإکراه موضوعا علی مورد إمکان التفصّی فلما عرفت أنّه یعتبر فی وقوع الفعل عن إکراه أن یکون الدّاعی إلیه هو خوف ترتب الضّرر الموعود علی التّرک و مع القدره علی التفصّی و لو بالتّوریه لا یکون الضّرر مترتّبا علی ترک المکره علیه بل علی ترکه و ترک التفصّی معا فدفع الضرر یحصل بأحد الأمرین فإذا اختار الفعل و لم یورّ فهو مختار فیه و لا یقاس علی اختیار أحد فردی المکره علیه کما إذا أکرهه علی بیع داره أو بستانه فی أنّ اختیار کل واحد لا یخرج الفعل عن کونه مکرها علیه للفرق بینهما فإنّ المکره لم یکرهه إمّا علی المعامله أو علی التفصّی فلیس التفصّی عدلا للمکره علیه بل هو من قبیل شرط الوجوب و مسقط للتّکلیف و موجب لذهاب الموضوع و لذا لو تفصّی بعقد آخر غیر ما أکره علیه وقع صحیحا و لیس ذلک إلّا أنّه لیس فردا لما أکره علیه و لا عدلا له

و أمّا دخول إمکان التفصّی بالتّوریه فی حکم الإکراه فلإطلاق معاقد الإجماعات و الأخبار و بعد حملها علی صوره العجز عن التّوریه لجهل أو دهشه و فیه ما لا یخفی من الغرابه فإنّه لو سلّم أنّ مع القدره علی التفصّی و لو بالتّوریه لیس مکرها علیه فکیف یشمله إطلاق معاقد الإجماعات و الأخبار فإنّ الإطلاق یؤخذ به فی أفراد الموضوع أو أحواله و مع خروجه موضوعا لا یعقل شمول نفس هذا الإطلاق له نعم لو نهض دلیل آخر علی إلحاقه به حکما أو قام إجماع علی عدم اعتبار العجز عن التّوریه فی رفع الإکراه أثر الفعل المکره علیه لصحّ دعوی الإلحاق الحکمی و لکن أنّی لنا بإثباته مع أنّ الإجماع إذا کان مستنده صدق الإکراه فلا یفید

و قوله قدّس سرّه مع أنّ العجز عنها لو کان معتبرا لأشیر إلیها فی تلک الأخبار الکثیره المجوّزه للحلف کاذبا عند الخوف و الإکراه خصوصا فی قضیّه عمّار

ففیه أنّ عدم الإشاره إلیها فی باب الحلف کاذبا عند الخوف و الإکراه إنّما هو لعدم فائده للتّوریه فی الخروج عن الکذب کما تقدم من أنّ الکذب هو مخالفه ما هو ظاهر الکلام مع ما هو الواقع فی الخارج و أمّا فی قضیّه عمّار فلا أثر للتّنبیه علیه بأن یوری إذا ابتلی بعد ذلک

أمّا أولا فلأنّ الألفاظ الکفریّه یحرم التلفّظ بها و لو لم یقصد بها معانیها لأنّ لها موضوعیّه من وجه و إن کانت طریقیّه من وجه آخر فالتبرّی من اللّه سبحانه و رسوله و الأئمّه الهدی صلوات اللّه علیهم أجمعین یحرم و إن لم یقصد به معناه کما قیل فی

عكس ذلک بالنسبه إلى الشّهادتين فى أن بعض الآثار مترتّب على نفس التنطّق باللّسان و إن لم يقصد بهما معناهما لعدم اعتقاد المتلفّظ بمدلولهما

و بالجمله فى مورد ترتب الأثر على الواقع قد أشير فى بعض الأخبار بأنّه يجب التّوريه كما فى الحلف كذبا و أمّا فى مورد ترتّب الأثر على اللّفظ فلا يفيد التوريه و ثانيا

أنّ مثل عمّار لا يحتاج إلى التنبيه لأنّ المؤمن لا محاله لا يقصد معنى لفظ الكفر لو أكره عليه فمع أنّه يورى لا محاله ورد قوله عزّ من قائل إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمانِ و أمّا من حيث الموضوع فلأنّ الإكراه يصدق مع إمكان التفصّى بالتّوريه و لا يصدق مع إمكان التفصّى بغير التّوريه و ذلك لأنّ المكره بالفتح لو ورى و التفت المكره بالكسر إلى توريته لأوقعه فى الضّرر الّذى أوعده به نعم قد لا يلتفت إلى توريته و امتناعه ممّا أكرهه عليه و أمّا لو توسّل إلى غيره لدفع ضرر المكره و امتنع عن الفعل المكره عليه لم يوقعه فى الضّرر

و بعباره واضحه لا بدّ فى تحقّق الإكراه من أمرين أحدهما اطّلاع من يكره أحدا على فعل بأن المكره ممتنع حتى يوصل الضّرر إليه و أمّا لو لم يعلم بأنّه يمتنع أو لا يمتنع فلا معنى لتوعيده و ثانيهما أن يوقعه فى الضّرر الّذى أوعده و أمّا لو اطّلع بالامتناع و لم يمكن له أن يوقعه فى الضّرر فهذا ليس إكراها

و على هذا فإذا تمكّن المكره من دفع ضرر المكره بالتشبّث بذيل من يرفع ضرره أو بإذهاب الموضوع الّذى أكرهه عليه فهو ليس مكرها لأنّ مع اطّلاع المكره على امتناعه لا يقدر أن يوقعه فى الضّرر و هذا بخلاف من يتفصّى بالتّوريه فإنّه لو اطّلع المكره على امتناعه أوقعه فى الضّرر و علمه بامتناعه يتوقّف على أن يكون المورى أيضا مكرها و إلّا فمن أين يطّلع على أنّه امتنع أو لم يمتنع لأنّ المكره إذا أوقع صوره البيع من دون قصد معناه فلم يمتنع ظاهرا و لكنّه امتنع واقعا فامتناعه إنّما يتحقّق بأن لا يوقع صوره البيع أيضا

و الحاصل أنّ فى مورد التفصّى بغير التّوريه لا يلازم وقوعه فى الضّرر الّذى توعّد عليه مع علم الحامل بالامتناع و أمّا فى مورد التفصّى بها فأوّلا لا يعلم الحامل على الامتناع فلا معنى لتوعيده و ثانيا يوقعه فى الضّرر لو اطّلع على الامتناع فلا يفيده التفصّى بها و لكنّك خبير مضافا إلى أنّ هذا البيان مرجعه إلى أنّ الأمور القصديّه لا معنى لتعلّق الإكراه به فيقع الإكراه على ذات الفعل فمخالفه المكره يتحقّق بأن لا يقع منه ذات الفعل لا أن لا يقصد معناه أنّ غايه الفرق أنّ المتمكّن من التفصّى بغير التّوريه يمكنه التخلّص من الضّرر و المتمكن من التفصّى بها لا يمكنه التخلّص من الضّرر و مجرّد هذا الفرق لا يفيد لأنّ المدار فى صدق الإكراه أن يكون قصد وقوع المضمون لا عن طيب النّفس و المتمكّن من التفصّى مطلقا يقع قصد وقوع المضمون عنه عن طيب النّفس فكما أنّ المتمكّن من التشبّث بذيل الغير لرفع إكراه المكره إذا لم يتشبّث و لو لعدم تحمّل المنّه و أوقع المعامله يقع المعامله منه اختيارا فكذلك المتمكّن من التّوريه إذا لم يور و قصد وقوع المضمون يقع المعامله منه اختيارا و عن طيب و من هذا الوجه قال العلّامه قدّس سرّه و لو أكره على الطّلاق فطلّق ناويا فالأقرب وقوع الطّلاق لأنّ هذا الطّلاق صدر عن نيّه إليه و طيب النّفس به

و يمكن أن يكون قوله فافهم إشاره إلى هذا فالأولى أن يقال بأنّ التّوريه لمّا كانت مغفولا عنها غالبا و على خلاف طبع الاستعمال فمع تمكّنه منها لو لم يور و أوقع البيع أو الطّلاق فلا يكون إيقاعه ناشيا عن الاختيار و طيب النفس بوقوع المضمون بل مع كراهته له أوقع البيع أو الطّلاق بمقتضى جبلّته الّتى تقتضى قصد المعنى من اللّفظ و أمّا مع تمكّنه من دفع ضرر المكره بغير التوريه بنحو من الأنحاء فلا محاله إذا لم يتفصّ فهو راض

ص: ۱۹۰

بوقوع المضمون خارجا

الجهه الثّالثه هل المدار فی إمکان التفصّی بغیر التّوریه للخروج عن موضوع الإکراه

هو الإمکـان الفعلی أو الإمکان المطلق أی المـدار علی القـدره الفعلیّه أو القـدره علی أن یقـدر کاف فی صـدق عـدم الإکراه لا إشـکال فی أنّ المسوّغ للمحرّم هو العجز المطلق حتّی عن القـدره بإقـدار نفسه فمن یمکن له التخلّص عن شـرب الخمر المکره علیه و لو بسـیر مسافه بعیده غیر حرجیّ فضـلا عن خروجه عن الدار و التمسّک بذیل الأخیار فلا یجوز له شـرب الخمر و لو کان بالفعل عاجزا

و أمّـا الإـکراه الرّافع لأثر المعامله فهو الأعمّ من ذلک أی العجز الفعلی کاف لأنّ المـدار فیه علی عـدم حصول المصـدر بـداعی اسم المصـدر خارجـا نعم یعتبر فیه صـدق العجز الفعلیّ فمن کـان خـادمه حاضـرا و لا یتوقّف دفع الإکراه إلّا علی الأثر فهو قادر فعلا علی التفصّی

و بـالجمله الإـکراه الرّافع لأـثر المعـامله أعمّ من الإکراه الرافع للحرمه نعم مع قطع النّظر عن عنوان الإکراه النّسـبه بین العلّه الرّافعه للحکم التکلیفیّ و الرّافعه للحکم الوضـعیّ هی الأـعمّ من وجه فـإنّ المنـاط فی الأـوّل هو دفع الضّـرر سواء کـان للإکراه أم لا و المناط فی الثّانی عدم الإراده و طیب النّفس سواء کان لرفع الضّرر أم لا

الجهه الرابعه قد تقدّم أنّ الإکراه علی القدر المشترک

سواء کان حقیقیا أو انتزاعیا إکراه علی الأفراد فاختیار أحـد الأفراد لا یخرجه عن الإکراه کما هو واضح إنّما الکلام فی أنّ ذلک یطّرد فی مطلق الإـکراه علی القـدر المشترک التأصّیلی أو الاـنتزاعی أو یختصّ بمـا إذا کـان الأفراد متساویه الإقـدام بالنّسبه إلی القـدر المشـترک و أمّـا لـو کـان لأحـدها خصوصـیّه لاـ تکـون لغیره أو کـان لأحـدها خصوصـیه زائـده لاـ تکون لغیره فاختیـار المتخصّـص بهـا لا یقع عن إکراه أو اضـطرار وجهان بل قولان و الأقوی هو الفرق بین الصّور و توضـیح ذلک یتمّ بـذکر الصّور المتصوّره فی المقام

فمنهـا الإـکراه علی الأـفراد الطّولیّه و الظّاهر فی هـذه الصوره الفرق بین المحرّمـات و المعاملات فلو کان مکرها أو مضـطرّا إلی شرب الخمر موسّعا فلا یجوز له المبادره إلیه فی أوّل الوقت سواء احتمل التخلّص منه لو أخره أم لم یحتمل إذ لا بدّ فی ارتکاب المحرّم من المسوّغ له حین الارتکـاب فـإذا لم یکن حین الشّـرب ملزمـا فاختیاره فعلا لا مجوّز له نعم لو کانت المبادره من جهه خوف عـدم الإمکـان بعـد ذلـک و الوقوع فی الضّـرر فلاـ إشـکال فی جوازهـا و أمّا لو کان مکرها فی بیع داره موسـعا فلو کان مأیوسـا من التخلّص و لکن الأـولی أن یقال إنّ الفرق بینهما أنّ التّوریه لیست فی مترتبه صـدور اسم المصـدر لأن المفروض فی موضوع البحث انقسام العقـد إلی الإکراه و الاختیار و أمّا الموری فلیس قاصـدا لمعنی العقـد فلم یصدر عنه المصدر أصـلا حتّی ینقسم إلی الإکراه و غیره و أمّا المتمکّن من التفصّی بغیر التّوریه فلا محاله یصدر عنه اسم المصدر بالاختیار لأنّ صدور المصدر عنه إنّمـا هو بـداعی حصول اسم المصـدر و لو من بـاب عـدم تحمّـل المنّه و بعبـاره أخری المکره لاـ محـاله یأمره بقصـد وقوع

المضـمون و لا- يـأمره بـذات القول فخروج الفعل عن عنوان الإكراه إنّما هو بأن لا يقع الفعل على النحو الّـذى أمره الآمر به و لا يترتّب على تركه ضـرر لا- بأن يموّه المأمور على الآمر و يلقيه فى الخلاف فإراءته أنّه فعل الفعل بسـبب أمره غير أنّه تخلّص عن ضرره لو امتنع ثم لا يخفى أنّ السـيد فى حاشـيته مثل للتفصّى بغير التوريه بعين ما هو التفصّى بالتّوريه نعم مثاله ذلك هو التّوريه فى الأفعال لا فى الأقوال فراجع و كيف كان الفرق بين التفصّى بالتوريه و غيرها واضح و إمكان التفصّى بها لا يخرج الفعل عن الإكراه لو لم يتفصّ و أوقع الفعل منه عفى عنه

عنه فإقدامه على البيع فى أوّل الوقت لا يخرجه عن الإكراه و أمّا لو احتمل التخلّص فلو باع أوّل الوقت فهو مختار و الفرق واضح

و منها الإكراه على الأفراد العرضيّه كالإكراه على شرب الخمر أو الماء فلو اختار شرب الخمر فلا يكون مكرها و هكذا لو أكره إمّا على العقد الصّحيح أو الفاسد فلو اختار الصّحيح فلا يكون مكرها و ما أفاده المحقّق الخراسانى قدّس سرّه فى حاشيته من أنّ الإكراه على أحد الأمرين كاف فى وقوع ما اختاره مكرها عليه مطلقا كان لكلّ واحد منهما بخصوصه أثر أو كان لخصوص أحدهما نعم يمكن أن يقال إنّ دليل ذى الأثر فى الفرض أظهر ففيما أكره على مباح أو محرّم أو عقد فاسد أو صحيح يقدم دليله على دليل رفع الإكراه إلى آخره

ففيه أن الإكراه على القدر المشترك إكراه على الأفراد لو كان الأفراد متساويه و أمّا لو كانت مختلفه فيتوجّه الإكراه ثبوتا على ما لا أثر له أو على ما كان أثره أقلّ أو أخف فلو أكره على شرب أحد الإناءين اللّذين أحدهما نجس و الآخر نجس و مغصوب فالإكراه إنّما يتعلّق بالنّجس فلا يجوز شرب ما هو مغصوب و نجس

و هكذا لو أكره على شرب الخمر و الماء فالإكراه يتعلّق بالماء و ذلك لأنّ الحامل له على العمل و إن لم يتعلّق غرضه بخصوص ما لا أثر له بل غرضه تعلّق بالقدر المشترك و انطباقه على الأفراد عقلىّ إلّا أنّ هذا يصحّ فيما كان الأفراد متساويه و أمّا لو لم تكن كذلك بل كان أحد الأفراد ممتنعا تكوينا أو شرعا فالانطباق يقع على ما عدا ذلك لوضوح الفرق بين الإكراه على أحد الإناءين اللّذين كلّ منهما خمر و الإكراه على أحد الإناءين اللّذين أحدهما خمر و الآخر ماء فإنّ المكره لا يكون فى الثانى مكرها على شرب الخمر و إن كان مكرها على شرب المائع بخلاف الأوّل فإنّه على أىّ حال لا مفرّ له منه

و لو قلنا بأنّ فى المثال الثّانى أيضا مكره عليه فلا وجه لتقديم أدلّه المحرّمات على أدلّه الإكراه مع أنّ الحكومه بالعكس بل الحقّ أنّه ليس مكرها على المحرّم لأنّ اختيار ما له أثر زائد على القدر المشترك ليس إلّا عن طيب النّفس به

و منها الإكراه على أحد المحرّمين اللّذين أحدهما أشدّ عقوبه من الآخر و فى هذه الصّوره لا يخفى أنّه لا يمكن ثبوتا أن يتعلّق الإكراه بالمباح أو بما هو أخفّ عقوبه من الآخر مع تعلّق غرض المكره بالقدر المشترك و لا يمكن قياس المقام على الاضطرار بارتكاب أحد الإناءين اللّذين علم حرمه أحدهما حيث نقول بتعلّق التّرخيص بالمباح دون المحرم فيكون المحرّم من المتوسّط فى التنجّز أمّا أوّلا فلعدم صحّه ذلك فى تلك المسأله أيضا فإنّ المباح الّذى لا يمكن تمييزه أبدا كيف يتعلّق التّرخيص به فعلى هذا يكون الحرام من المتوسّط فى التّكليف كما بيّنا وجهه فى الأصول و أمّا ثانيا فللفرق بين البابين فإنّ فى باب العلم الإجمالى يمكن أن يقال إنّ جواز دفع الاضطرار بأحدهما متوجّه ثبوتا إلى المباح لوجود المانع عن تعلّقه بالحرام فإنّ مع تحريم الشّارع أحدهما و عدم اضطرار المكلّف بارتكابه بالخصوص لا وجه لتعلّق الترخيص به و أمّا فى الإكراه فليس للمكره غرض إلّا وقوع أحدهما لا على التّعيين فكلّ واحد منهما مصداق للمكره عليه نعم حيث تقدم أنّ المسوّغ لارتكاب المحرّمات ليس مجرّد الإكراه فمع إمكان التخلّص من ارتكابها لا يكون حديث الرّفع حاكما على دليل المحرّمات و بالجمله عدم تجويز العقل و العقلاء ارتكاب المحرّم أو ما هو أشدّ عقوبه ليس لعدم صدق الإكراه عليه إذا كان عدلا للمباح أو لما هو أخف بل لكون الإكراه الرافع لأثر الحكم التّكليفى أخصّ من الإكراه الرّافع لأثر المعاملات و على هذا فلو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد يرتفع

أثر الصحيح لأنّه يكره عليه لو فرض أنّه لو لا الإكراه لما أقدم عليه فتأمل جيدا منه عفى عنه

ارتكـاب الأشـد و إن لم يجز إلّا أنّه لا ـ لكونه مختـارا فيه بـل لكون الآـخر أقـلّ قبحـا منه فـإنّه على أىّ حال مكره على ارتكاب المحرّم و لكنّ العقل يحكم بتقـديم الأقلّ قبحا و يمكن أن يقال فى هـذه الصوره أيضا ارتكاب أشـدّهما عقوبه أيضا يخرج عن عنوان الإكراه فإنّ القدر المشترك هو أصل الحرمه و الزياده بمنزله عنوان آخر يختصّ بفرد دون الآخر

و منهـا ما لو أكره على بيع شـى ء أو أداء مال مستحقّ عليه فإذا اختار البيع لم يكن مكرها كما لو أكره إمّا على شـرب الخمر أو فعل الصّلاه الواجبه عليه فإنّ اختيار شرب الخمر يقع عن غير كره و السّر فى ذلك أنّ القدر المشترك لا أثر له و الخصوصيّه غير مكره عليها و إلّا لوقع الإيفاء أو الصّـلاه أيضا باطلا و هكذا لو أكره الرّاهن عند حلول الدّين على بيع العين المرهونه أو بيع غيرها مما لا يستحقّه المكره فاختار غيرها فيقع صحيحا

و السرّ فى ذلـك أنّ بيع المرهونه ليس عـدلا لبيع غيرهـا لأـنّ رضا الرّاهن ساقط و يشترط فى رفع الإكراه أثر المعامله أن يكون رضا الفاعل معتبرا فيها و لـذا لو أكره من عليه الدّين مع كونه مليّا و مماطلا ببيع ماله فهذا البيع ليس إكراهيا نعم هنا كلام آخر و هو أنّ فى مثل هـذا المورد هل يسـقط شـرطيّه رضاه بالبيع أو يسـقط شـرطيّه مباشـرته الأعم من فعل نفسه أو اسـتنابته وجهان بل وجوه قد يقال بأنّه لا وجه لرعايه أحد الشّرطين بالخصوص لدوران الأمر بين سقوط المباشره أو الرّضا فالحكم التّخيير و قد يقال بـأنّ للرضـا دخلا ـ فى حقيقه المعـامله و قوامها به و المباشـره لا دخل لها فيها و لـذا يجوز التّوكيل فيرجّح جانب الرّضا و يسـقط المباشـره فينوب عنه الحـاكم و يبيع عن طيب به و الأـقوى أنّ ولاـيه الحـاكم ثابته فيما يمتنع صـدور الفعل عن المالك أو وكيله فليس فعـل الحـاكم فى عرض فعـل المالـك لأنّ الفعل المباشـرى يشترط فيه الرّضا فإذا صـدر بالمباشـره و كان مكرها فلو كان الصّدور واجبا عليه يسقط رضاه و إلّا كان إكراهيا فعلى الحاكم إجباره على البيع فإذا امتنع فهو حينئذ ولىّ الممتنع

الجهه الخامسه إكراه أحد الشّخصين على فعل واحد

بمنزله إكراه شـخص واحـد على أحد الفعلين مثاله فى المحرّمات واضح و أمّا فى المعاملات كإكراه أحد من الأب و الجد على بيع مال اليتيم أو أحـد الوكلاء المفوّض إليهم أمر بيع شخصـىّ و لكن قيل بأنّه يعتبر فى صدق المكره على كلّ واحد عدم علمه بصـدور الفعل أو المعامله من الآخر و أمّا لو علم بأنّ الآخر يفعله إمّا لعـدم اطلاعه على حال صاحبه أو لكونه مريـدا له بلا إكراه فلو بادر هـذا فلا يكون مكرها لأنّه لا يكون قصده حينئذ دفع ضـرر المكره الحامل على الفعل بل لو احتمل صدوره عن الآخر و مع ذلـك بادر إلى الفعل تقربا إليه مثلا لم يكن مكرها لأنّ داعيه على الفعل فى هـذه الصّوره ليس إكراه المكره بل التقرّب إليه فـإنّ الفعـل الإـكراهى ما كان تمام العلّه لصـدور الفعل هو إكراه المكره و أمّا لو انضمّ إليه التقرّب إليه فلا يكون إكراهيّا فلو أمر الجائر بأخـذ مظلوم على جميع أهل البلـد و علم بعض بأنّه يأخذه غيره فلو بادر إلى أخذه فالأخذ هنا لا يكون عن كره فعلى هذا كلاـم المصـنّف لا ـ يمكن الأخـذ بإطلاقه سيّما إذا أتى بالفعل كلّ واحـد منهما على التّعاقب بل فى هـذه الصوره لو أتى به كلّ واحد منهما دفعه فليس الفعل من كلّ منهما إكراهيّا و على هذا لو أكره أحد الشخصين على أحد الفعلين فمع احتمال كلّ منهما إقدام الآخر فصدور أحد الفعلين عن أحدهما و صدور الفعلين عن الشّخصين لا يدخل فى عنوان الإكراه و لكنّه لا يخفى عليك الفرق بين المحرّمات و المعاملات

و توضيح ذلك أنّ فى المحرّمات كما لو أكره أحد أهل البلد على أخذ مظلوم أو أكره أحد الشّخصين على شرب الخمر فمع علم أحدهما بإقدام الآخر أو احتماله لا يجوز له الإقدام عليه نعم لو علم بعدم إقدام أحد فيجب عليه الإقدام لدفع الضّرر عن نفسه أو أخيه

و أمّا مسأله الأب و الجدّ فمع علم أحدهما بإقدام الآخر لو أقدم على بيع مال اليتيم فلا يكون البيع اختياريا فضلا عن الشكّ و وجه الفرق أنّ فى باب المعاملات يرجع أمر مال اليتيم إلى كلّ من الأب و الجد و هكذا يرجع أمر مال الموكل إلى كلّ من الوكيلين أو إلى كلّ من الوكيل و الموكل فاقد أم كلّ واحد لا يخرج المعامله عن عنوان الإكراه فعلم الأب مثلا بأنّ الجدّ يقدم على البيع لدفع الإكراه لا يخرج المعامله عن الإكراه إذا سبق الأب إلى البيع لدفع ضرر المكره عن نفسه و أبيه نعم لو فرض قصده التقرب إلى الحامل أو قصده البيع على أىّ حال كما إذا باع بعد بيع الجدّ عن كره فهذا خارج عن الفرض كما أنّه لو كان المكره على البيع شخص خاص و لكنّه باع عن طيب بحيث إنّه لو لم يكن إكراه لباعه أيضا فهذا خارج لأن محلّ البحث ليس مجرد وقوع معامله بعد إكراه بل موضوعه ما لو كانت المعامله لإكراه الحامل بحيث نشأ إراده الفاعل عن إراده الحامل و فى هذا الفرض لو أقدم على البيع كلّ من الأب و الجد لدفع الضّرر عن نفسه و غيره فلا يخرج عن كونه مكرها و لو علم بأنّ الآخر يقدم عليه لو لم يقدم هذا

بل يمكن أن يقال إنّ حكم المحرّمات أيضا حكم المعاملات فى هذه الصّوره و هو ما إذا علم أحدهما بأنّ الآخر يفعله لدفع الإكراه لا للشّهوه فيجوز للعالم أن يقدم على شرب المحرّم لدفع الإكراه عن نفسه و أخيه لأن مجرّد علمه بأنّ الآخر يفعله لا يدخله فى عنوان الاختيار إذا فعل العالم لدفع ضرر الحامل و هكذا لو أكره أحد الشّخصين على أحد الفعلين فإنّ كلّ واحد منهما لو أقدم على أحد الفعلين لدفع الضّرر عن نفسه و أخيه فهو مكره و إن علم بأنّ الآخر يفعله لدفع الضّرر فتدبّر جيّدا و كيف كان فالحكم فى مسأله الأب و الجدّ واضح

الجهه السّادسه لو تعلّق الإكراه بالمالک دون العاقد أو بالعاقد دون المالک

فهل حكمه حكم ما لو تعلّق بالمالك العاقد مطلقا أو لا يكون محكوما بحكمه مطلقا أو فرق بين الصّورتين وجوه و الأقوى أنّه فى الجهه الّتى هى موضوع البحث و هى رفع الإكراه أثر كلّ ما صدر عن كره لا فرق بين الصّور و إنّما الاختلاف فى نتيجه الرّفع فقد ينتج الصّحه إذا لحقه الرّضا و قد لا يفيد الرّضا المتأخّر

و توضيح ذلک أنّه لو أكره الزّوج على التّوكيل فى طلاق زوجته فالتّوكيل الصّادر عنه بمنزله العدم فيقع طلاق الوكيل بلا إذن من الموكل فيكون فضوليا و لا إشكال فى أنّه لو لم يلحقه الإجازه أصلا وقع باطلا و أمّا لو لحقه الإجازه فإذا أجاز الطّلاق الواقع من الموقع فلا يؤثر الإجازه فى الصّحه بناء على ما سيجى ء فى الفضولى من أنّ الإيقاعات كليّه لا تصحّ بالإجازه اللّاحقه إجماعا

و أمّا لو تعلّق الرّضا بالتّوكيل الّذى صدر عنه كرها فصحّته بالرّضا اللّاحق مبتيه على دخول العقود الإذنيّه فى عنوان الفضولى و على القول بأنّ الإجازه كاشفه حقيقه أو حكما و أمّا على القول بكونها ناقله فلا يصحّ التّوكيل إلّا حينها لأنّ الرّضا فى زمان الإجازه بناء على النّقل يكون بمنزله القبض فى الصّرف و السّلم فالتّوكيل المتعقّب بالإجازه إنّما يؤثّر بعد مجى ء الإجازه و لا

فائده فى عقد الوكاله السّابقه إلّا عدم الاحتياج إلى إعادته فيكون كلّ ما وقع

من الوكيل قبل الإجازه نظير وقوعه من الأجنبى و إنّما يؤثر ما وقع منه بعدها

و أمّا لو انعكس الأمر بأن أكره الوكيل دون الموكل فالإكراه تاره من قبل الموكل و أخرى من غيره و على كلا التقديرين تاره يقع على العقود و أخرى على الإيقاعات ثمّ الإكراه على العقود تاره يتعلّق بالعقود الّتى تتعلّق الالتزامات العقدى فيها بالوكيل و أخرى يتعلّق بغيره فإذا كان المكره هو الموكل فلو أكرهه على الطّلاق فلا إشكال فى الصّحه لأنّ المفروض أنّ الإيقاع الصّادر من المكره من حيث جهه الإيقاعيّه لا يقصر عن إيقاع غيره فليس عباره المكره كالعدم و رضا الزّوج حاصل بالقرض

و لا أثر يترتّب على فعل الموقع من حيث إنه فعله حتّى يرتفع بالإكراه لأنّ حديث الرّفع حيث إنّه ورد فى مقام الامتنان فلا بدّ أن يرفع الأثر الثّابت على المكره بالفتح لو لا الإكراه و الوكيل لو لا الإكراه لا يرتبط وقوع الطّلاق به فلا يرفع أثره بالإكراه و هذا هو مقصود المصنف لا أنّ المرفوع هو الحكم الذى عليه لا له حتى يناقش بأنّ لازمه صحّه قبول الهبه إكراها لأنّ المصنف قدّس سرّه لم يفرّق بين ماله و عليه حتّى ينتقض عليه بقبول الهبه بل ادّعى أنه لا بدّ أن يكون لفعل المكره أثر حتى يرتفع بالإكراه و أمّا لو لم يكن له أثر فلا يشمله الحديث هذا مع أنّ المدار إذا كان على الامتنان فلا امتنان على قبول الهبه لأنّ كون الإنسان مقهورا فى التملّك خلاف الامتنان

و بالجمله لا بدّ أن يقال فى مفروض الكلام إنّ الإكراه لا يرفع أثر الإنشاء و أمّا لو قلنا بأنّه يرفع أثره فالقول بصحّه الطّلاق لتحقق رضاء الزّوج غير مستقيم أمّا أولا فلأن مجرّد الرضاء لا يصحّح الاستناد كما أنّ الكراهه الباطنيّه ليست ردّا إلّا أن يقال إنّ الرّضا فى المقام ليس مجرّد الرّضا الباطنى بل مظهره نفس الإكراه الحاصل من الزّوج على طلاق زوجته و هو يصحّح الاستناد و أمّا ثانيا فلأن رضاء الزّوج إنّما يفيد فيما إذا تمّ شرائط الإيقاع من حيث الصّيغه و غيرها و إذا فرض أنّ الإكراه يرفع أثر اللّفظ فالرضا وحده لا أثر له

فالصّواب أن يقال بأنّه بعد ما فرض أنّ الزّوج هو الحامل للوكيل على الطّلاق فهو قاصد لنتيجه فعل المطلق أى قاصد لاسم المصدر و الوكيل أيضا قاصد لمعنى المصدر فلا مانع من صحّته و احتمال كون ألفاظ الوكيل كالعدم لا وجه له إلّا إذا احتمل فى حقّه عدم القصد و هذا الاحتمال مندفع بأصاله تحقّق القصد فى كلام كلّ متكلّم عاقل ملتفت إلّا أن يمنع بناء العقلاء على إجراء أصاله القصد هنا كما أشار إليه المصنف بقوله فتأمّل

و بالجمله فالحقّ أنّ المدار فى الصّحه على صدور الفعل عن الوكيل بقصد منه إلى اللّفظ و المعنى و رضا المالك بوقوع المدلول فى الخارج و هذا حاصل فى الوكيل المكره مع كون الموكل مختارا و يؤيّد الصّحه فى المقام حكم المشهور بصحّه بيع المكره بعد لحوق الرّضا فإنّ الرّضا الحاصل منه بعد العقد لا يصحّح الألفاظ بل يوجب استناد قصد النّتيجه إليه فلا بدّ أن يكون مفروض كلامهم عدم بطلان أثر اللّفظ بالإكراه على العقد

و أمّا لو أكرهه على البيع أو النّكاح فإذا كان الطّرف عالما بوكالته فحيث إنّ الالتزامات العقدى على الموكل فالعقد يصحّ سواء كان عالما بكونه مكرها أم لا و أمّا لو لم يكن عالما بوكالته فحيث إنّ الالتزامات العقدى عليه فيرتفع هذه الالتزامات بواسطه

الإكراه و أمّا لو كان المكره غير الموكل و كان الموكّل راضيا فإشكال الاستناد هنا أقوى لأن مجرّد رضا المالك لا يصحّح الاستناد و هذا الإشكال و إن أمكن دفعه فيما إذا كان المكره هو الموكّل كما تقدم بيانه

إلّا أنّه لا يمكن دفعه فيما إذا كان المكره غيره

و لا يخفى أنّ هذه الصوره هى الفرع الثّانى المذكور فى المسالك و هو قوله لو أكره الوكيل على الطّلاق دون الموكل ففى صحّته وجهان إلى آخره ثم إنّه يمكن أن يكون مراده من الوكيل و الموكل هما اللّذان يتّصفان بهذين العنوانين فرضا و يمكن أن يكون مراده من اتّصفا بهذين العنوانين فعلا كما لو أكره الوكيل المفوض و على أىّ حال أقوى الوجهين هو عدم الصّحه

الجهه السّابعه لو أطاع المكره من جهه و خالف من أخرى فهل يعدّ هذا إكراهيّا أم لا

اشاره

فنقول المدار فى صدق الإكراه على أن تكون إراده الحامل هى الدّاعى لإراده المأمور بحيث ينشأ إراده المأمور من إراده الأمر و كانت إرادته تابعه لإرادته فيصدر المعنى المصدرى الاختيارى لا لداعى وقوع اسم المصدر و أمّا مجرّد تحقّق إكراه مشتمل على إيعاد ضرر من شخص و وقوع فعل عقيبه من آخر مع صدوره بداعى وقوع النّتيجه و عن طيب النّفس إليه فهذا ليس إكراهيا

فهناك صور لا بدّ من البحث فيها الأولى ما إذا أكرهه على بيع أحد العبدين لا على التّعيين فباعهما دفعه و الحق عدم كون كلّ منهما إكراهيا لأن ما صدر عنه خارجا غير ما أكره عليه و ما أكره عليه لم يصدر و مجرّد اشتمال المجموع على أحدهما لا يوجب صدق الإكراه على أحدهما فضلا عن كليهما

و احتمال كون المجموع باطلا من باب وقوع أحدهما مكرها عليه و بطلان الترجيح بلا مرجّح لا وجه له كاحتمال بطلان أحدهما و تعيينه بالقرعه لأنّ الاحتمالين إنّما يجريان فيما إذا صدر أحدهما عن كره و لم يعلم أنّ المكره عليه أىّ منهما و فى المقام ليس كلّ واحد واقعا عن كره لأنّ ما أكره عليه لم يقع و ما وقع لم يكره عليه فيقع المجموع صحيحا

و لا يقاس المقام على بيع ما يملك و ما لا يملك بأن يقال ما قصد و هو بيع المجموع لا يقع شرعا و ما وقع شرعا و هو بيع ما يملك لم يقصده و ذلك للفرق بين المقامين فإنّ فى بيع ما يملك و ما لا يملك و أن تعلّق القصد بالمجموع إلّا أنّ من تعلّق القصد به ينشأ قصد تبعىّ بالأجزاء و لازم وقوع المجموع بإزاء المجموع وقوع البعض مقابل البعض و فى المقام لم يتعلّق إراده الأمر بالمجموع حتى يكون إراده المأمور بالبعض تبعا لإراده الآمر بالكل نعم لو فرض أنّ إراده الآمر بالبعض تتعلّق فى الواقع بالكل كما لو أكرهه على بيع أحد مصرعى الباب و نحو ذلك فباعهما دفعه فيمكن أن يكون المجموع إكراهيّا و لذا لو فرض أنّ إراده المكره لم تتعلّق إلّا بأحدهما وحده لارتفاع حاجته ببيع مصراع واحد فباع المأمور كليهما وقع الكلّ صحيحا لأن إراده الآمر صارت علّه لرفع المأمور يده عن المجموع فيقع الكلّ صحيحا

الثّانيه هذه الصوره مع وقوعهما تدريجا و الأقوى وقوع الأوّل إكراهيا لانطباق عنوان أحدهما عليه و الثّانى صحيحا و احتمال الرّجوع إلى المأمور فى تعيين المكره عليه عن غيره لا وجه له لأنّ انطباق أحدهما على الأوّل قهرىّ و لزوم تصديق دعوى ما لا يعلم إلّا من قبل المدعى لا دليل عليه فى جميع الدّعاوى الثّالثه لو أكره على المعيّن فضمّ إليه غيره و باعهما دفعه فالصّحه فى غير

ما أكره عليه لا إشكال فيه إنّما الكلام فيما أكره عليه و لا يبعد أن يقال إنّ مجرّد ضمّ غيره إليه لا يخرجه عن كونه مكرها عليه فإنّ كلّ واحد ناش عن إراده غير ما نشأ منه الآخر إلّا أن يكون هناك أماره على تحقّق الدّاعى له فى بيع المجموع فيتبع الأماره

و توضيح ذلك أنّه قد يكون بناء المالك إبقاء من أكره عليه

من عبديه مثلا لخدمه نفسه و بيع الآخر الّذى لم يكره عليه فإذا باعهما دفعه وقع البيع بالنسبه إلى ما أكره عليه إكراهيّا و أمّا إذا كان بناؤه على عدم بيع واحد منهما أو بيع كليهما فإذا أكره على واحد معيّن فباعهما دفعه وقع المجموع صحيحا لأنّه وقع الفعل على خلاف ما أكره عليه و كيف كان فلا إشكال فى هذه الصوره أنّه لو باعهما تدريجا لحق كلّا منهما حكمه

الرابعه لو أكره على واحد فباع نصفه فتاره يشمل إكراه المكره على بيع مجموع النّصفين لبيعه دفعتين و أخرى لا يشمله فإذا لم يشمله فلا إشكال فى أنّ النّصف يقع صحيحا لأنّ ما وقع غير ما أكره عليه و أمّا إذا شمله فتاره يبيعه لرجاء أن يقنع المكره بالنّصف و أخرى يبيعه لا لذلك بل لكونه مكرها عليه فيبيع نصفه فعلا و النّصف الآخر بعد ذلك لرفع ضرر الحامل فلو باعه رجاء وقع صحيحا لأن إكراهه صار داعيا لبيع النصف فهو يرفع اليد عن نصف ماله لدفع ضرر المكره على المجموع

و لا وجه لما أفاده المصنف من كونه إكراهيّا فإنّ البيع كذلك غير ما تعلّق الإكراه به فإن رجاء قناعته بالنّصف يوجب تحقّق الطيب و الرضاء ببيع النّصف و تقدم أن مجرّد وقوع فعل بعد الإكراه ليس مصحّحا لصدق عنوان الإكراه عليه و أمّا لو باعه لكونه مكرها عليه فيندرج فى موضوع الإكراه

[القول فى الإكراه على الطلاق]

قوله قدّس سرّه بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى تحرير الأحكام قال فى تحرير الأحكام لو أكره على الطّلاق فطلّق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق

لا يخفى أن الاحتمالات المتصوره فى كلام العلامه على وجوه إلّا أنه لا بدّ أن يؤخذ بما يمكن أن يتصوّر فيه الصّحه و الفساد و نحن نذكر الاحتمالات حتى يتّضح أنّ المتعيّن منها فى كلامه ما هو فالأوّل أن لا يكون الإكراه مؤثرا فى إراده الفاعل أصلا بل كان بانيا على الطّلاق لكن لمّا كان الآمر جاهلا بحاله أكرهه عليه و هذا لا يتطرّق فيه الوجهان بل لا شبهه فى صحته و الثّانى أن يكون كلّ من الإكراه و الرّضا سببا مستقلّا بحيث لو لا الإكراه لأوقعه و لو لا الرّضا لأوقعه أيضا دفعا للإكراه و حيث لا يمكن توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد فيصير كلّ واحده إذا اجتمعتا جزء السّبب و الفعل يستند إليهما معا

و هذه الصوره يحتمل فيها وجهان و لكن الأقوى فيها الفساد لأنّها و إن لم تكن إكراهيا إلّا أنها لا تكون تجاره عن تراض أو أنّها و إن كانت عن رضاء إلّا أنّها عن إكراه أيضا و كلّ علّتين مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كلّ منهما كاجتماع الرّياء و قصد الأمر فى العبادات بل كاجتماع التبريد و قصد الأمر نعم لو كان التبريد ضميمه لا داعيا مستقلّا صحّت العباده و فى المقام لو كان الإكراه ضميمه لصحت المعامله كما أنّه لو كان الرّضا ضميمه لفسدت

و بالجمله لو كان كلّ من السّببين مستقلّا فلا يؤثر كلّ منهما إلّا أن يقال ليس المقام من تعارض المقتضيين بل من قبيل تعارض المقتضى و اللامقتضى فإنّ الإكراه غايته أن لا يقتضى الصّحه لا أنّه يقتضى الفساد فيؤثر الرّضا و فيه ما سيجى ء الثّالث أن يكون كل منهما جزء السّبب بحيث إنّه لو لا اجتماعهما لا يؤثر كلّ منهما و هذه الصوره أيضا يحتمل فيها الوجهان و لكن قد يقال بأنّ

الأقوى فيها الصحّه لأنّه و إن انضمّ الإكراه إلى الرّضا إلّا أنّ الإكراه لا يقتضى الفساد حتى يعارض ما يقتضى الصّحه و لكنّ الأقوى فيها الفساد لأنّ قوله عزّ من قائل إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ع لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه ظاهران فى اعتبار الرّضا

و الطّيب مستقلا فإذا كان جزء السّبب بأن ورد مع الإكراه دفعه على المسبّب فالفعل مستند إليهما و الإكراه و إن لم يقتض الفساد إلّا أنّ المقتضى للصحّه أيضا لم يتحقّق لعدم صدق التّجاره عن تراض

و بالجمله فإذا ورد الجزءان فى عرض واحد لم يتحقّق مقتضى الصّحه نعم إذا كان أحدهما فى طول الأخر فالفعل يستند إلى الجزء الأخير للعلّه التّامّه فإذا صار الإكراه منشأ لتحقّق الرّضا فالفعل يستند إلى الرّضا كما أنّه إذا صار الأمر بالعكس فحكمه العكس و سيجى ء الكلام فى هذه الصوره الرّابع أن يطلّق من غير توريه مع علمه بأنه يمكن التلفّظ بلا قصد المعنى أو إراده خلاف الظّاهر و لا يخفى أنّ هذا الاحتمال ليس مراده لأنّ عدم إمكان التفصّى بالتوريه لا دليل على اعتباره أولا

ثم بناء عليه لا وجه لاحتمال فساده ثانيا مع أنّه يرجع إلى الوجه الأوّل لأنه طلّق زوجته راضيا بالطّلاق فلا وجه لعده وجها آخر ثالثا الخامس أن يكون الإكراه داعيا للدّاعى على الطّلاق فالفعل مستند إليهما طوليا و هذا يتّفق كثيرا فإذا أكره على بيع الدار يوطّن نفسه على بيعها و يصير الإكراه داعيا على الرّضا بنتيجه الفعل أى باسم المصدر و هذه الصوره أيضا يتطرّق فيها الوجهان و الأقرب هو الصّحه لأنّه طلّق ناويا و مريدا للطّلاق و يحتمل البطلان أمّا لأنّ الإكراه صار عله لإراده اسم المصدر فالفعل بالأخره يستند إليه و أن كان الدّاعى الثّانوى اختياريا و إما لأنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ لأنّ اللّفظ وقع تبعا لإكراه المكره و النّيه المجرّده عن اللّفظ لا أثر له

و هذان الاحتمالان و أن كانا ضعيفين كما ظهر وجه ضعفهما فى طىّ ما ذكرناه فإن الاحتمال الأوّل مستلزم لبطلان أغلب المعاملات فإنّها بالأخره تنتهى إلى غير الاختيار و الثّانى يرجع إلى الأوّل لأنّ سقوط أثر اللّفظ بالإكراه إنّما هو لكونه داعيا للدّاعى على التلفّظ مع أن اختياريه التلفّظ بهذا المعنى لا برجوعه إلى تلفّظ النّائم و الغالط لا دليل عليه إلّا أن منشأ احتمال الفساد فى كلام العلامه قدّس سرّه هو هذا كما وجّهه به ثانى الشّهيدين قدّس سرّه و منشأ احتمال الصّحه و اقربيّتها هو كون الإكراه داعيا على الدّاعى لا داعيا على الفعل فهذه الصّوره هى المتعيّن بين الصّور

ثم بناء عليه فالإكراه إذا كان داعيا على الدّاعى لا يوجب البطلان سواء كان الضّرر المتوعّد به ضررا على نفس المكره بالفتح أم على المكره بالكسر كما لو قال له ولده طلّق زوجتك و إلّا قتلت نفسى أو قتلتك فطلّق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أم وقوع المكره بالكسر فى المعصيه كما لو قال طلّق زوجتك لأزوّجها و إلّا زنيت بها فالطّلاق فى جميع هذه الصّور صحيح لأنّ الإكراه صار داعيا على الطّلاق عن طيب كما قد يكون الدّاعى له أمور أخر و لا وجه لإشكال المصنف فيه فضلا عن قوله إلّا أن تحقّق الإكراه أقرب بل لا يخفى أن عدم تحقّقه أقوى و أقرب

الجهه الثامنه فى تحقيق ما أفاده المصنف قدّس سرّه

فى قوله ثم المشهور بين المتأخرين أنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد إلى آخره

و تنقيحه يتوقف على بيان أمرين الأول أنّ وجه توهّم عدم قابليّه عقد المكره للصحّه بالرّضا المتأخر أمور كلّها فاسده الأوّل اعتبار مقارنه طيب نفس المالك فى صدق العقد و وجه الفساد ما تقدّم فى أوّل العنوان من أن عقد المكره من جهه العقديّه لا

يقصر عن سائر العقود لأنّه قاصد للّفظ و المعنى و إنّما لم يصدر قصده اسم المصدر عن داع اختيارى فإذا لحقه الرّضا يتمّ أركان العقد هذا مضافا إلى أنّ لازم هذه الدّعوى

عـدم كون عقـد الفضولى أيضا عقـدا حقيقه فإنّهما مشتركان فى عـدم مقارنه طيب نفس المالك للعقد الثّانى اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده أى العاقد لا بدّ أن يكون راضيا بإنشاء ما ينشئه

و فيه أولا أنّ هـذا الإشـكال يتوجّه فى بعض صور الإكراه و هو ما إذا كان المكره هو المالك العاقـد و ما إذا كان المالك أكره العاقـد و أمّا إذا كان المالك مكرها على التوكيل و العاقـد مختارا فلا يتوجّه و ثانيا قـد تقدم أنّه لا دليل على اعتبار اختيار العاقد من حيث إنشائه لأنّ العقد من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المالك المكره

بالجمله عقـد المكره ليس فاقـدا لما كان الفضولى واجـدا له بـدعوى أنّه مشـتمل على المفسد و هو عدم رضـى العاقد بإنشائه و بمنشـئه فإنّ عـدم رضائه بهما لا يضـرّ بصـدق العقديّه بعد قصده اللّفظ و مدلوله و لا دليل على اعتبار الرّضـى بالإنشاء فإنّ اللّفظ الصـادر عن غير النّائم و الغالط إذا قصـد به المعنى بأن لا يكون هازلا يؤثر فى النّقل و الانتقال مراعى بالرضا بهما فحكم عقـده حكم عقـد الفضولى لو لم يكن أولى منه لكونه واجدا لما كان الفضولىّ فاقدا له و هو الاسـتناد إلى المالك فمع الالتزام بصـحّه عقد الفضولى على القاعده لا محيص إلّا عن الالتزام بصـحّه عقد المكره فإنّ اشتمال عقد الفضولى على الرّضى بالمنشإ لا أثر له بعد عدم مدخليه رضاء غير المالك

نعم لو قلنا بأنّ عقـد الفضولى يصـحّ على خلاف القاعده فلا دليل على إلحاق عقد المكره به فضـلا عن كونه أولى منه لاحتمال خصوصيّه فى الفضولى دونه و لو كانت المباشره فيه موجوده

الثّالث دعوى اعتبار مقارنه طيب النّفس للعقـد فى تأثيره شـرعا و فيه أنّها خاليه عن الشّاهـد يـدفعها الإطلاقات لأن غايه ما يتوهم لاعتبار مقارنه طيب النفس للعقد أمران أحدهما عدم شمول المطلقات مثل أحلّ اللّه البيع و الصّلح جائز و نحوهما له لأنّ عناوين العقود موضوعه للمسبّبات و المكره فى إرادته المسبّب مقهور فلا ينـدرج عقده تحت الإطلاقات و ثانيهما تخصـيص المطلقات بالأدلّه الداله على اعتبار الرّضـى المقارن كقوله عزّ من قائل تجاره عن تراض و قوله ع لا يحلّ مال امرئ مسـلم إلّا بطيب نفسه و قوله ص رفع عن أمّتى تسعه و كلاهما ضعيفان

أمّا خروج عقده عن المطلقات فلا وجه له أصـلا لأنّه أوّلا ليس عنوان العقود أى المنشأ بها من قبيل المسبّبات و العقود من قبيل الأسـباب بـل من قبيـل الإيجـاد بالآله و المكره و إن كان مقهورا فى إيجاده المنشأ إلّا أنّه لا دليل على اعتبار الاختيار فى الإيجاد فيصـدق البيع على بيع المكره قبل الرّضـى و بعده و إنّما أخرجته أدلّه اعتبار الرّضا عن حكم البيع فلا يكون فى حال من الأحوال خارجـا موضوعـا حتى يقال كيف يخرج عنه فى حال و يـدخل فيه فى حاله أخرى و ثانيا المقهوريه فى المسبّب لا يخرج العقد عن الاختياريّه كما تقدم أنّ المناط فى اختياريه العقد كونه قاصدا للّفظ و مدلوله

و أمّا دلاله الأدلّه على اعتبار الرّضـى المقارن ففيه أمّا آيه إلّا أن تكون تجاره عن تراض فلا تدلّ إلّا على اعتبار الرّضـى فى نتيجه المصـدر و نحن نلتزم به و نقول باشتراط الرّضـى المتأخّر و ليس المراد من التجاره هى العقد حتى يعتبر أن يكون عن رضـى بل هى الاكتسـاب و لا يحصـل شـرعا إلّا بعـد تحقّق الرّضـى كمـا هو الحق فى المقـام من النّقل أو الكشف الحكمى نعم بناء على

الكشف الحقيقى فيشكل الأمر و لكن لا موجب للالتزام به

فالصّواب فى الجواب عن الآيه المباركه منع دلالتها على اعتبار الرّضى المقارن للعقد

و أمّا ما أفاده المصنف قدّس سرّه من منع دلالتها على الحصر مع تسليمه دلالتها على اعتبار الرّضى المقارن للعقد ففيه أولا أن كلامه هنا مناف لمختاره فی سائر الأبواب فإن استدلاله بها على أصاله اللّزوم لا يتمّ إلّا على فرض دلالتها على الحصر لأنّ الأكل بالفسخ لو لم يكن حلالا فلا وجه له إلّا عدم كونه تجاره عن تراض فيجب أن يكون أكل الحلال منحصرا بالتّجاره عن تراض و ثانيا لا وجه لإشكاله فی الحصر إلّا كون المستثنی منقطعا و أمّا كونه غير مفرغ فلا دخل له فی الإشكال مضافا إلى أنّه قيد توضيحیّ لأنّ الاستثناء المنقطع لا ينقسم إلى قسمين مفرغ و غير مفرغ لأنّ كلّ مفرغ لا محاله الاستثناء فيه متّصل لأنّه لا موجب لتقدير المستثنی منه معنی لا يشمل المستثنی فلو قيل ما جاءنی إلّا حمار فيقدر ما جاءنی حيوان فيصير متّصلا

و بعباره أخرى المتّصل ينقسم إلى قسمين مفرغ و غيره و المفرغ مفيد للحصر قطعا و المنقطع لا يكون إلّا غير مفرغ و كونه غير مفرغ لا يوجب عدم إفادته الحصر لأنّه بناء على عدم إفاده غير المفرغ الحصر فإنّما هو فی المتّصل لا المنقطع فإنّه مفيد له و لو كان المستثنی منه مذكورا بل هو أبلغ فی الحصر من المتّصل المفرغ لأنّه لا يصحّ التّعبير بالانقطاع إلّا فيما كان بين المستثنی منه و المستثنی ارتباط ما و مناسبه فی الجمله فكل ما يناسب مع المستثنی منه يخرج عنه بأداه الاستثناء و لا يبقى إلّا خصوص المستثنی فقوله ما جاءنی إلّا حمار أی من كل من احتمل أن يجی ء من القوم و من دوابهم ما جاءنی إلّا حمارهم فانحصر الجائی بالحمار و هكذا مفاد الآيه الشّريفه أی كل كسب و اكتساب أكل بالباطل إلّا الكسب عن الرّضا

و بالجمله وجه توهم عدم إفاده الاستثناء المنقطع للحصر عدم محصوريه المستثنی بالخروج و كون الخارج ممّا لا يتناهی فإنّ المنقطع من القوم ليس خصوص الحمار فإنّ البقر و الفرس و غيرهما أيضا غير داخل فی القوم فلا يفيد نفی المجی ء عن القوم و إثباته للحمار اختصاصه به لإمكان اشتراك سائر الحيوانات معه و هذا التوهّم فاسد فإنّ المستثنی فی المنقطع ليس كلّ ما لا يرتبط بالمستثنی منه حتّى يكون ممّا لا يتناهی بل لا بدّ فی صحّه المستثنی المنقطع من عنايه و تنزيل فينحصر فيما يناسب مع المستثنی منه و لو كان أدنى مناسبه فإذا انتفى المجی ء من القوم و ما يناسبهم و انحصر الجائی و الحمار فيفيد اختصاص الحكم به و نفيه عمّا عداه ففی الحقيقه كلّ منقطع راجع إلى المتّصل

هذا مضافا إلى أنّه لا يمكن فی خصوص المقام عدم إفاده الجمله للحصر لأنّ أكل المال بالباطل لا يمكن أن يكون حلالا فی مورد من الموارد فيكون الاستثناء فی المقام من قبيل التخصّص لا التّخصيص لأنّه لم يستثن موضوع من الموضوعات من حكم الأكل بالباطل بل التّجاره عن تراض مغايره للأكل بالباطل و يكون مفاد الآيه الشريفه أنّ كل كسب و اكتساب متداول بينكم من النّهب و السّرقه و القمار أكل للمال بالباطل إلّا التّجاره عن تراض فإنّها ليست كذلك فيكون قوله عزّ من قائل بالباطل بمنزله التّعليل لقوله لا تأكلوا فيرجع مفاد المعلّل و التّعليل إلى قوله لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بوجه من الوجوه لأنّ كل وجه باطل إلّا التّجاره عن تراض و هذا راجع إلى المتّصل

و أمّا دلاله قوله ع لا يحلّ مال امرئ على اعتبار المقارنه ففيها ما لا يخفى فإنّه غير ناظر إلى اعتبار الطّيب حال العقد أصلا بل على أنّ مال النّاس لا يحلّ إلّا بالطّيب و نحن نلتزم به حين تحقّق النتيجه

و صيروره المبيع مالا للمشترى و أمّا حديث الرّفع فقد ناقش فيه المصنف أوّلا بأنّه يدلّ على رفع المؤاخذه لا مطلق الآثار و لكنّك خبير بأنّه لا وجه لهذا الاستظهار

ثم تعميم المؤاخذه لمطلق الأحكام الّتى يتضمّنها عقد المكره و لو كانت دنيويه حتّى يحتاج إلى الجواب بقوله و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك و هذا حقّ له لا عليه و حاصل هذا الكلام أنّ سوقه فى مقام الامتنان يقتضى صحّه عقد المكره إذا تعقّبه الرّضا لأنّ المرفوع بالإكراه هو الحقّ الثّابت عليه لا له و وقوف عقده على رضاه راجع إلى ثبوت اختيار العقد له

و فيه أنّه لا وجه لاختصاص المرفوع بالآثار المتعلّقه بالمكره بل المرفوع مطلق آثار الفعل مع أن أصل الدعوى و هى أنّ الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك و هذا حق له لا عليه ممنوعه لأنّه ليس وقوف عقده على إجازته من الحقّ الثّابت له لو لا الإكراه لأنّ موقوفيّه العقد على الإجازه حكم شرعىّ مستفاد من الآيه الشّريفه و هى قوله عزّ من قائل إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و من حديث الرّفع و لو لا هذه الأدلّه كان عقد المكره من حيث العقديه مثل سائر العقود فلم يكن من آثار العقد لو لا الإكراه الوقوف على الإجازه حتى يقال إنّ الحديث لا يرفعها لأنّ هذا الحقّ له لا عليه بل لو لا حديث الرّفع و أمثاله من قوله عزّ و جل تِجارَةً عَنْ تَراضٍ لم يكن عقده موقوفا على الإجازه

و بعباره أخرى كلّ قيد صار وجوده موجبا للانقلاب فالأثر المرفوع به هو الأثر المترتّب على الفعل المطلق كالمرفوع بالخطإ و النّسيان فيجب أن يكون المرفوع بالإكراه هو الأثر المترتّب على مطلق الفعل لا الأثر بوصف الاختيار و لا الأثر المترتّب عليه بوصف الإكراه و ليس من آثار الفعل المطلق الوقوف على الإجازه حتّى يقال إنّ هذا الحقّ له لا عليه فلا يرتفع بالحديث فالصواب فى الجواب هو ما أفاده بقوله ثانيا

و حاصله أنّ المرفوع بالإكراه هو الأثر الثّابت على فعل المكره لو لا الإكراه أى الأثر المترتّب على الفعل المجرّد عن عنوان الإكراه و الاختيار كما أنّ المرفوع بالخطإ و النّسيان أيضا كذلك لأنّ الأثر المترتّب على الفعل بعنوان العمد يرفع بمجرد فقد نفس القيد لا بحديث الرّفع كما أنّ الأثر المترتّب على الفعل بعنوان الخطإ يستحيل أن يرتفع بالحديث فإنّ ما كان علّه الوضع لا يمكن أن يكون علّه للرفع فإذا كان الأمر كذلك فبانضمام مقدمه أخرى إلى ذلك و هو عدم كون ذات العقد ذا أثر شرعا لاعتبار الرّضا فيه بالأدلّه الخاصّه الموجبه لتقييد عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و نحو ذلك تنتج عدم إمكان عروض البطلان لعقد المكره الملحوق بالرّضا لأنّ قبل لحوق الرّضا لا أثر للعقد حتّى يرتفع بالإكراه و بعد لحوقه ينقلب العقد عمّا هو عليه

و غايه ما يتوهّم لفساد عقد المكره أمران أحدهما ما أفاده المصنف بقوله لكن يرد على هذا أن مقتضى حكومه الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بالمسبوقيّه بطيب النّفس فلا يجوز الاستناد إليها لصحّه بيع المكره و وقوفه على الرّضا اللّاحق فلا يبقى دليل على صحّه بيع المكره فيرجع إلى أصاله الفساد و لكن أجاب عنه بقوله اللّهمّ إلّا أن يقال و حاصله أنّ دليل الإكراه لا يمكن أن يكون حاكما فى المقام لأنّه حاكم على الحكم الثّابت فى الشريعه و المطلقات بإطلاقها ليست أحكاما ثابته فى

الشّريعه حتى ترتفع بالإـكراه بـل الحكم الثّابت هو البيع المقيّـد بالرّضا سـبقه الرّضا أو لحقه و بعـد تحقّق الرّضا يخرج البيع عن كونه إكراهيا

و بعباره أخرى لو دلّت أدلّه الرّضا على اعتباره فى العقد سابقا لكان الرّضا

اللّاحق لغوا و أمّا لو كان الأعمّ معتبرا فالكره الواقع فى المقام لو بقى على ما كان لكان العقد باطلا و أمّا لو رضى المكره بما فعله فلا وجه لبطلان العقد و قياس الإكراه على الرياء باطل فإنّه لو أتى بالجزء رياء فيبطل هذا الجزء و ليس قاتلا للحوق سائر الأجزاء به و أمّا الإكراه على العقد فلا يرفع أثره إلّا إذا لم يلحقه الرّضا و إلّا يخرج عن كونه إكراهيا و ثانيهما ما أفاده بقوله إلّا أن يقال إنّ أدلّه الإكراه كما ترفع السّببيّه المستقلّه الّتى أفادتها الإطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه لأن التأثير النّاقص أيضا استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرّضا الأعم من اللّاحق انتهى

و لا يخفى أنّ هذه العباره ليست فى النسخ المصحّحه و لا ينبغى أن تكون فإنّ قوله و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرّضا ناقلا أو كاشفا و قوله و كيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النّظر عن الرّضا أو تعقبه له لا يترتّب عليه إلّا كونه جزءا لمؤثّر التّام و هذا أمر عقلىّ إلى آخره لا يرتبطان بهذا الكلام بل يرجعان إلى قوله و هذا لا يرتفع بالإكراه لأنّ الإكراه مأخوذ فيه بالفرض و على فرض وجودها فى النّسخ و كونها من كلام الشيخ قدّس سرّه كما هو ظاهر المحقّق الخراسانى حيث أورد على هذه العباره بقوله إنّما ترفع مطلق الأثر فيما كان ذاك الأثر بمقتضى الإطلاقات نفسها لا فيما إذا كان ثبوته بملاحظه أدلّه الإكراه كما هو الفرض

فنقول منشأ توهم ارتفاع الأثر النّاقص بأدلّه الإكراه أمران الأوّل قياس هذا الأثر النّاقص على الأثر الثّابت لأجزاء المركب المصحّح لأجزاء الأصل بالنّسبه إلى كلّ جزء فكما يجرى استصحاب الإطلاق أو الطّهاره أو كليهما مع أنّ الأثر الشرعىّ مترتب على المجموع فكذلك يصحّ رفع الأثر النّاقص للعقد بحديث الرّفع و لكنّك خبير بالفرق بينهما لأن الأثر الثّابت للجزء و إن كان جزءا لأثر إلا أنّه كان له لنفس دليل الجزء لا للأصل الجارى فيه أى كان هذا الأثر لجزء المركّب شرعا و لذا صار محلّا للأصل

و أمّا الأثر الثّابت للمقام فإنّما هو بنفس دليل الرّفع أى صار دليل الرفع موجبا لتقييد العقد بالرّضا و عدم صحّه عقد المكره وحده و أثر المقيد يرفع بحديث الرّفع إذا كان له مع قطع النّظر عن التّقييد لا إذا حصل له بلحاظ التّقييد و بعباره أخرى الأثر الثّابت للجزء فى المقام أثر قهرى عقلىّ نشأ من دليل الرّفع و إلّا كان العقد سببا مستقلا و النّاشى منه لا يمكن أن يرتفع به و الثّانى أن يكون حديث الرّفع مقيدا آخر للمطلقات غير أدلّه الرّضا كما توهّمه المحقّق الطّباطبائى

و حاصل هذا الوجه أن يكون نتيجه المطلقات بعد تقييدها بقوله عز من قائل إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ صحّه العقد المرضى به سبقه الرّضا أو لحقه فالعقد أيضا جزء السّبب و نتيجه حكومه حديث الرّفع اعتبار الرّضا السابق و فيه أنّ أدلّه المقيّدات سواء كانت بلسان الحكومه كما فى حديث الرّفع أم بلسان التّخصيص كما فى آيه التّجاره كلّها بمساق واحد و فى عرض الآخر توجب تقييد المطلقات و لا وجه لتقييدها أولا بطائفه ثم تقييد المقيّد بطائفه أخرى و ليس الإكراه عنوانا مستقلا غير خلو عقد المكره عن الطّيب و الرّضا

و ما توهّمه من أنّ عقد المكره واجد لجميع الشّرائط حتى الرّضا فى المرتبه الثّانيه و أنّ البطلان نشأ من جهه أخبار الإكراه ففيه ما لا يخفى من الفرق بين عقد المكره و عقد من اضطرّ إليه لقوت عياله و نفقه من يجب عليه إنفاقه فإنّ المكره غير راض بما ينشئه و لا يشكر اللّه سبحانه منه بخلاف المضطر فإنّه يثنى على اللّه جلّت آلاؤه بإعطائه إياه ما ينفق به عياله فتأمّل جيّدا كى لا

يختلط عليک الأمر

و بالجمله جميع هذه الأدلّه تدلّ على اعتبار الرّضا سواء كان سابقا و لاحقا فالعقد

المقيّد بالرّضا لا يمكن أن يلحقه الإكراه و قبل لحوق الرضاء له ليس له أثر يقبل أن يرتفع بالإكراه هذا تمام الكلام فی الأمر الأوّل الثّانی أنّ الرضاء المتأخّر کاشف أو ناقل و تنقیحه یتمّ برسم أمور الأوّل فی بیان الفرق بین الشّروط المتأخّره الّتی تصلح لأن تکون کاشفه أو ناقله و بین ما لا یکون إلّا ناقلا فقط

و ضابط الفرق علی ما یظهر من المحقّق الثّانی أنّ کلّ شرط کان ناظرا إلی ما وقع من سائر أجزاء العقد و أرکانه فهو ممّا وقع فیه هذا النّزاع کالإجازه فإنّها ناظره إلی ما وقع من العقد و کلّ شرط کان هو بنفسه من شرائط العقد و متمّماته فهو لیس إلّا ناقلا و بعباره أخری کلّ ما یرجع إلی تنفیذ ما سبق و إمضائه فهو محلّ هذا النّزاع و أمّا کل ما کان متمّما و هو بنفسه من الأجزاء و ممّا له دخل فی تأثیر البقیّه فلا یجری فیه هذا النّزاع بل یکون ناقلا و علی هذا فمثل القبول مطلقا و القبض فی الصرف و السّلم و نحو ذلک ناقل و أمّا مثل الإجازه و أداء من باع ماله المشتمل علی الزکاه مقدار الزکاه فهو محلّ هذا النّزاع و علی هذا فذهاب المحقّق الثّانی إلی کون إجازه المرتهن ناقله مع قوله بالکشف فی إجازه الفضولی إنّما هو للنّزاع فی الصّغری أی إجازه المرتهن لیست ناظره و تنفیذا لما صدر من الرّاهن بل حیث إنّ من أرکان البیع الطّلقیّه أی خلو المبیع من حقّ غیر البائع فإذا أسقط المرتهن حقّه أو أدی الرّاهن الدّین أو أبرأه المرتهن تمّ جمیع أرکان العقد و من المعلوم أنّها تتمّ حین الإسقاط فلا معنی لکونه کاشفا و هذا الکلام و إن لم یکن صحیحا لأنّ الإسقاط کالإجازه ناظر إلی تنفیذ العقد السّابق إلّا أنّ الکبری صحیحه و علی هذا فیجری النّزاع فی إجازه العمّه و الخاله العقد الواقع علی بنت الأخ و الأخت و إجازه الدّیان بیع الورثه و إجازه المرتهن بیع الرّاهن بناء علی ما قلنا و نحو ذلک من إسقاط المرتهن حقّه و أداء الرّاهن الدّین الّذی علیه الرّهن الثّانی هل الأصل أن تکون الإجازه ناقله أو کاشفه الأقوی هو الأوّل لأنّ لازم دخلها بوجودها الخارجی کما هو ظاهر الأدلّه عدم تحقّق النّقل إلّا بعد تحقّقها نعم لو ساعد العرف و الاعتبار علی دخل وصف التعقّب کما فی شرطیّه الأجزاء اللّاحقه فی الصّلاه للأجزاء السّابقه فنلتزم بالکشف و أمّا فی خصوص الإجازه فمضافا إلی أنّ ظاهر الأدلّه الدالّه علی اعتبار الرّضا و الطّیب کونها بوجودها الخارجی شرطا العرف و الاعتبار أیضا یساعدان علی ذلک و قد قیل إنّ مقتضی الأصل هو الکشف لأنّ إجازه العقد السّابق عباره عن الرّضا بما دلّ علیه العقد و هو نقل الملک حین تحقّقه و فیه أن مفاد العقد لیس إیجاد المنشإ حین صدور الإنشاء و فرق بین وقوع الإنشاء فی زمان من باب أن کلّ زمانیّ یقع فی الزّمان لا محاله و دلاله اللّفظ علی الإیجاد فی زمان الإنشاء فلو کان مفاد بعت أوجدت البیع الآن کما هو ظاهر بعض النّحویّین فی مفاد الأمر و النّهی من کونهما موضوعین للطّلب فی الحال لکان الأصل هو الکشف و أمّا لو کان مفاده أصل إیجاد البیع و استفید وقوع المنشإ فی الحال من أدلّه أخری کمقدمات الحکمه الجاریه فی الإجاره و نحوها و هی کون المنشئ بصدد الإیجاد و عدم تقیید منشئه بقید و نظیر مقدمات الحکمه الجاریه فی البیع و نحوه فلا یکون الرّضا کاشفا لأنّ العلم بمدخلیّه الرّضا فی النّقل من قبیل تقیید الملکیه بقید متأخر فما لم یحصل القید لا یحصل الملک و المنشئ و إن لم یقیّد إنشاءه بقید و لکن تقیید الشّارع

بمنزله تقييد نفس العاقد فحصول النّقل فى نظر الشّارع يتبع زمان حكمه النّاشى من اجتماع جميع ما يعتبر فى الحكم و ممّا يعتبر فيه الإجازه

و ما أجاب بعض المحقّقين عن هذا من أنّ المنشأ بنظر العاقد لا يتخلّف عن زمان إنشائه و التخلّف عند الشارع لا يضرّ بالكشف فإنّ المجيز يمضى ما أوجده العاقد و عقده و إن لم يدلّ على الإيجاد فى زمان التلفظ و لكن مقتضى وقوع الإنشاء فى ذاك الزّمان و تحقّق المنشإ بنظره لتحقّق كل اسم مصدر بإيجاد المصدر وقوع المنشإ فى زمان الإنشاء فإذا أمضى المجيز ما أوجده العاقد فينفذ من ذاك الزّمان غير مفيد لأنّ الأمور الاعتباريّه تحقّقها باعتبار من بيده الاعتبار فتحقّق المنشإ بنظر المنشئ لا أثر له بعد دخل الرضاء فيه شرعا فيكون الإجازه كالقبول و كالقبض فى الصرف و السّلم و الهبه

ثم لا يخفى أنّه إذا ثبت كون الإجازه ناقله صحّ تنظيره بالقبض و القبول و أما فى مقام إثبات ذلك فلا يصحّ القياس عليهما فما أفاده المصنف فى قوله و لذلك كان الحكم بتحقّق الملك بعد القبول إلى آخره لم يقع فى محلّه لأنّ القبول و القبض هما بأنفسهما من أركان العقد و متمّماته و لا يجرى نزاع الكشف و النّقل فيهما و هذا بخلاف الإجازه فإنّها ممّا به يرفع توقيفيّه العقد عن تأثير ما اقتضاه

و كيف كان فالأقوى هو النّقل بمقتضى الأصل الأوّلى الثّالث بعد ما ظهر أن مقتضى القاعده الأوليّه هو النّقل فهل الكشف الحكمى الثّابت فى الفضولى تعبّدا ثابت فى المقام أيضا أو لا وجهان و الأقوى هو الأوّل لأنّ من نفس الأخبار الوارده فى الفضولى يظهر أنّه لا خصوصيّه لإجازه المالك عقد الفضولى بل كل ذى حقّ له أن ينفذ العقد الواقع على متعلّق حقّه فعلى هذا حكم الرّضا المتأخر فى المقام حكم الإجازه فى العقد الفضولى من حيث الأصل الأولى و الثّانوى

بقى هنا أمران الأوّل أنّه لا وجه لاستفاده حكم الرّضا فى المقام من حكم فسخ ذى الخيار فكون الفسخ حلّا للعقد من حين الفسخ لا حين العقد لا يلازم كون الرّضا و الإجازه كذلك أيضا فإنّ الفسخ مقابل لإجازه ذى الخيار و كلّ زمان أعمل الخيار فيه بإزاله العقد أو إقراره فيؤثر فى ذلك الزّمان و أمّا الإجازه أو الرّضا فى المقام فمقابل لردّ عقد الفضولى و ردّ المالك كما يؤثر من حين العقد فيمكن أن يقاس عليه الرضاء من المكره و الإجازه من المالك

ثم لا يخفى أنّ المحقّق الطّباطبائى و إن أجاد فى قوله إنّ الفسخ ليس مثل الإجازه إلّا أنّه لا وجه لتنظيره الفسخ بالرّضا بالمضمون فإنّ الفسخ نظير اختيار العقد كما تقدم لا الرّضا بالمضمون فى عقد المكره فإنّه بعينه كالإجازه فى الفضولى و لا فرق بينهما فى الكشف و النّقل فلو قيل بأنّ الرّضا ناقل فكذلك الإجازه لأن كلّا منهما يرفع توقيفيّه العقد و لا فرق بين إنفاذ نتيجه العقد أو إنفاذ مفاده فلو قيل بأنّ التوقيف يرتفع حين الرّضا فلا بدّ أن يقال بأنّ مدلول العقد أيضا ينفذ حين الإجازه

و لو قيل بأنّ الإجازه تؤثر من حين العقد فكذلك الرّضا لأنّ محلّ البحث فى الكشف و النّقل ليس فيما كان بمدلوله اللّفظى متعرّضا للعقد كما لو قيل أجزت العقد أو رضيت بما صدر من العاقد بل فى الأعمّ منه و ممّا كان ناظرا إلى النتيجه سواء كان بلفظ أجزت العقد أو رضيت به أم كان بلفظ أجزت النّقل أو رضيت به و سواء كان بالقول أم كان بالفعل كأداء من عليه الزكاه

و أداء الراهن الدّين

الثّانی هل للطّرف الغیر المکره علیه أن یفسخ قبل رضاء المکره أم لا ظاهر المتن أنّ هذا النّزاع یجری بناء علی الکشف و أمّا بناء علی النّقل فلا إشکال فی تأثیر فسخه و لکن الأقوی جریان النّزاع علی المسلکین و سیجی ء فی باب الفضولی توضیح ذلک

[مسأله و من شروط المتعاقدین إذن السیّد لو کان العاقد عبدا]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله و من شروط المتعاقدین إذن السیّد لو کان العاقد عبدا إلی آخره

لا یخفی أنّ البحث فی هذا العنوان یقع من جهات الأولی فی جواز تصرفاته الرّاجعه إلی ما فی یده المترتّبه علیه الآثار حین عبودیّته الثّانیه فی نفوذ معاملاته المترتّبه علیها الآثار بعد حرّیته الثّالثه فی معاملاته الراجعه إلی الغیر کوکالته عنه

ثم إنّ محلّ البحث فی المقام أعمّ من القول بعدم مالکیّه العبد و القول بمالکیّته لما فی یده لإرث و نحوه کما أنّ محلّ البحث أیضا بعد الفراغ عن عدم کونه مسلوب العباره بحیث لا یترتّب علی فعله و عبارته أثر فلیس کالمجنون و الصبیّ بحیث لا یؤثّر إذن المولی فی قوله و فعله و تنقیح هذه الجهات یتوقف علی بیان ما یستفاد من الآیه الشّریفه ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ

فنقول إنّ الأصل فی القید و إن کان الاحترازیّه إلّا أن قوله عزّ من قائل لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ قید توضیحیّ کقوله مملوکا فإن العبد کما لا ینقسم إلی مملوک و غیر مملوک فکذلک لا ینقسم إلی القادر و العاجز فإنّ المملوکیه مساوقه للعجز و منافیه للاستقلال فی التصرّف کما أنّ العبودیه مساویه للمملوکیه و منافیه للحرّیه

ثم إنّ المراد من عدم القدره شرعا سلب القدره عمّا یناسب المقدور فإن کان الشّی ء من متعلقات الأحکام التکلیفیّه فعدم القدره علیه عباره عن حرمته علیه و إن کان من متعلّقات الأحکام الوضعیّه فعدم القدره علیه عباره عن عدم نفوذه و مضیّه عنه و المراد من الشی ء بقرینه روایه زراره عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه سلام اللّه علیهما قالا المملوک لا یجوز نکاحه و لا طلاقه إلّا بإذن سیّده قلت إن کان السیّد زوجه بید من الطّلاق قال بید السید ضرب اللّه مثلا عبدا مملوکا لا یقدر علی شی ء فشی ء الطّلاق إلی آخره هو الشّی ء الّذی یعد فی العرف و العاده شیئا فلیس المراد منه هو مفهومه العام الشّامل لکلّ حرکه و سکون حتّی مثل التکلّم و النّظر و أمثال ذلک فإنّها خارجه من الشی ء خروجا موضوعیا لا حکمیا کما توهّم لأنّ مساق الآیه مساق لا یقبل التّخصیص

کما أنّ التّکالیف الإلهیّه کالواجبات و المحرّمات المشترکه بین الأحرار و العبید خارجه عنه موضوعا فإن هذه تحت ملک السیّد الأصلی لا المالک العرضی لأنّ الآیه فی مقام بیان ما یختصّ بالعبد لا ما یشترک بینهما ثم إنّ الأقوال فی المسأله بین إفراط و

تفريط و اعتدال فقيل بمحجوريّته عن كلّ شى ء إلّا الضّروريّات الّتى بها قوام عيشه فلا يجوز له التمدّد و المشى و نحو ذلک و قيل بنفوذ جميع تصرفاته إلّا ما يرجع إلى التصرّف فى سلطان مولاه فيجوز له الوكاله عن الغير و ضمانه عنه الّذى يتعلّق برقبته بعد العتق و قيل بأنّه لا يجوز له كلّما يعدّ شيئا من غير فرق بين عناوين المسبّبات من النّكاح و الطّلاق و الوكاله و التوكيل و غير ذلک

و الأقوى هو الأخير لما عرفت أنّ ظاهر الآيه الشريفه أن كلّما يعدّ شيئا بحسب العرف و العاده كالطّلاق و نحوه فالعبد لا يقدر عليه و لا ينفذ منه و على هذا فلا يجوز وكالته عن الغير و لو فى إجراء الصّيغه فضلا عما إذا كان وكيلا مفوّضا لا لتوقّف صدور اللّفظ منه على إذن مولاه حتى يرد عليه ما أورده عليه صاحب الجواهر قدّس سرّه بأن مع نهى السيّد أيضا يصحّ عقده فضلا عن الوقوع بغير إذنه إذ أقصاه الإثم فى التلفّظ و النّهى لا يقتضى الفساد

إذا رجع إلى الأسباب بل لأن نفس الوكاله عن الغير هو بنفسه شى ء لا يقدر عليه العبد و هو غير قادر على إيجاد العلقه الملكيّه بين المالك و المملوك كما هو غير قادر على سلب علقه الزوجيّه عن نفسه و زوجته و هكذا لا يقدر على الالتزام بشى ء و التعهّد بدين و إن تعلّق الدين بذمته بعد حرّيته فإنّ الضّمان أيضا شى ء و هكذا نذره و عهده و سائر ما يتعلّق برقبه بعد العتق

و على هذا فلا تشمل الآيه المباركه مثل التكلّم و المشى و تمدّد الأعصاب و نحو ذلك من الأمور الغير المعتدّ بها و يدلّ عليه أيضا صحيحه زراره المعبر فيها من الشّى ء بالطّلاق و لا تختصّ أيضا بما يرجع إلى التصرّف فى سلطان المولى بدعوى أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى أنّ جهه المملوكيّه هى الموجبه للحجر و هذه تقتضى حجره عمّا يرجع إلى المولى لا وكالته عن الغير و ضمانه عنه و نحو ذلك لما عرفت من أنّ العموم لا وجه له و الاختصاص أيضا لا دليل عليه فإنّ الطّلاق لا خصوصيّه فيه فإذا لم يكن منه نافذا مع أنّه لا يتعلّق بالمولى فلا ينفذ وكالته عن الغير و ضمانه و نذره

ثم إنّه لا ينبغى الإشكال فى أن إذن السيّد يرفع حجره إنّما الكلام فى أنّ الإجازه اللّاحقه أيضا كالإذن السّابق تفيد الصّحه مطلقا سواء كان عمله راجعا إلى ملك المولى أو راجعا إلى نفسه حال عبوديّته أو راجعا إلى ما يتعلّق برقبته بعد الحريّه أم إلى غيره أم تفصيل بين الموارد وجوه

و توضيح الحقّ يتمّ برسم أمور الأوّل لا شبهه أن إذن المولى يرفع الحرمه التكليفيّه و أمّا الإجازه اللّاحقه فلا تؤثّر فى رفع الحرمه لأنّ الفعل لا يتغيّر عمّا وقع عليه فلو قيل بأن نفس تلفظ العبد و كذلك قصد معنى اللّفظ أى استعمال اللّفظ فى المعنى محرم بلا إذن فالإجازه اللّاحقه لا ترفع الحرمه إلّا أنّك قد عرفت أنّ مثل ذلك لا يشمله عموم الشّى ء الثّانى أنّ النّهى المتعلّق بالمعاملات تاره يرجع إلى الأسباب و أخرى يرجع إلى المسبّبات فإذا رجع إلى الأسباب فلا يوجب الفساد و إذا رجع إلى المسبّبات فيوجبه و توضيحه موكول إلى الأصول

و إجماله أن حرمه السّبب إمّا لمزاحمته لواجب كالبيع وقت النداء أو لتعلّق النّهى به بالخصوص كحرمه تلفظ العبد بألفاظ العقود لا- يلازم عدم ترتّب الأثر عليه فتحقّق المنشإ بالألفاظ المحرّمه من جهه كونها فعلا من أفعال المكلّف لا محذور فيه و أمّا حرمه المسبّب فمرجعها إلى سلب قدره المكلّف عن وقوعه و إخراجه عن عموم السّلطنه

ثم المراد من السّبب هو قصد المعنى من اللّفظ و المراد من المسبّب هو النّقل و الانتقال أى إيجاد المنشإ و موجديّته بهذا الإيجاد أى المصدر و اسم المصدر اللّذان فرقهما اعتبارى فمن حيث نسبه الأثر إلى الفاعل يقال أوجده و أثّر فيه و من حيث نسبته إلى المنفعل يقال موجد و أثر و هذه الأمور كلّها صادره من العاقد فالعبد فى مقام البيع يصدر منه اللّفظ الّذى اعتبر فيه الماضويّه و العربيّه و عدم كونه غلطا و يقصد المعنى فى مقابل كونه هازلا و يقصد إيجاد المادّه بالهيئه فى مقابل استعمال اللّفظ فى المعنى لداع آخر كالأخبار و نحوه و يقصد اسم المصدر أيضا تبعا من حيث إنّه فعل توليدى له و الإجازه اللّاحقه تؤثر فى الأمرين الأخيرين لا- فى الأوّلين أمّا عدم تأثيرها فى الأوّلين لما عرفت من أنّ الفعل الخارجى سواء كان جوارحيا أو جوانحيا لا ينقلب عمّا وقع عليه

و أمّا تأثيرها فى الأخيرين فلأنّ إيجاد النّقل و الانتقال لا خارجيّه لهما إلّا باعتبار من بيـده إنفاذهما و إلّا فمجرّد قوله بعت لا يؤثر فى تحقّق الملكيه للمشترى

فلو أنفذ من بيده الإنفاذ فسواء رجع إنفاذه إلى جهه الصّدور و حيثيّه إيجاد المعنى بالقول كإيجاده فى المعاطاه بالفعل أم رجع إلى المضمون و اسم المصدر لصحّ ما وقع من دون استلزامه لانقلاب الشى ء عمّا وقع عليه حتّى يستحيل بل لأنه لم يقع شى ء فى عالم الاعتبار بل كان مراعى

و إن كان واقعا فى نظر المنشئ فحيث كان مراعى بإنفاذ من بيده الأمر فيؤثر إنفاذه و سيجى ء مزيد توضيح لذلك فى المقام و فى باب الفضولى الثّالث لا يمكن استفاده شرطيّه كون العاقد حرّا أى شرطيّه كون الصّيغه صادره من الحرّ من الآيه الشّريفه بحيث تكون الرقيّه كالفارسيّه و غير الماضويّه لما عرفت من أن عدم القدره قد استعمل فى الوضعى و التّكليفى بجامع واحد من دون مجاز و لا عموم مجاز فعدم القدره بالنّسبه إلى أفعاله عباره عن أنّ طرفى فعلها و تركها ليسا تحت اختياره أى تحرم عليه بلا إذن من سيّده و هذا لا يمكن استفاده الشّرطيّه منه

و بعباره أخرى كون عباره العبد كعباره المجنون لا يستفاد من مثل قوله تعالى لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْ ءٍ و على هذا فلا يقصر عقد العبد من حيث جهه العقديّه عن عقد غيره

غايه الأمر على فرض عموم الشّى ء لكلّ شى ء يكون محرّما من حيث إنّه فعله الرّابع أنّ العقد الواقع من العبد تاره يتعلّق بما فى يده من مال المولى أو مال نفسه الراجع إلى ملك المولى طولا أو يتعلّق بنفسه الّتى هى ملك المولى كإجاره نفسه و تزويجه و أخرى يتعلّق برقبته بعد العتق و ثالثه يتعلّق بالأمور الراجعه إلى الغير كوكالته عن الغير و كلّ واحد من هذه الأصناف الثّلاثه كما يصحّ بالإذن السّابق فكذلك يصحّح بالإجازه اللّاحقه

غايه الأمر أنّ كلّما كان تصرف العبد راجعا إلى ملك المولى فإجازه المولى ترجع إلى مضمون العقد و هو معنى الاسم المصدرى و ما كان تصرّفه راجعا إلى ملك الغير أو إلى ذمّه نفسه يتبعه بعد العتق فإجازته ترجع إلى جهه المصدر و كلّ منهما قابل للإجازه لأنّ إيجاده المعنى حيث إنّه لا يقدر عليه موقوف على الإذن و حيث إنّ الإجازه كالإذن فيما لم يكن من الأفعال الخارجيّه فالإجازه تصحّح إيجاده

و بعباره أخرى سيجى ء فى باب الفضولى أنّه كما يكون إجازه المالك بمقتضى القاعده مصحّحه لعقد الفضولى فكذلك إجازه المرتهن عقد الرّاهن و إجازه العمّه أو الخاله العقد الواقع على بنت الأخ أو الأخت و إجازه الغرماء للمفلّس و إجازه الديان للورثه و نحو ذلك من الأمور المتوقّفه على إذن الغير و المناط فى الجميع أن كلّ ما كان العقد واقفا و غير ماض إلّا بإذن الآخر فإجازته بمنزله إذنه فعلى هذا تصحّ تعلّق إجازه المولى بالعقد الواقع من العبد وكاله عن الغير فإنّ مضمون العقد و إن لم يرجع إلى المولى إلّا أنّ إيجاد العبد العلقه بين الشيئين من الأشياء الّتى لا يقدر عليها العبد و هذا يكون واقفا و غير ماض فالإجازه ترفع وقوفه و تجعله ماضيا

إذا عرفت ذلك ظهر أنّ ما لا يقبل الإجازه و هو السّبب لا يتوقّف على الإجازه لعدم الدّليل على حرمته أوّلا و عدم الدّليل على فساده ثانيا و ما يقبل الإجازه كالمسبّب فالمفروض تحقّقها من غير فرق بين تعلّقها باسم المصدر أو بالمصدر فإنّ الفرق بينهما

اعتبارى فلو فرض أنّ إيجاد العبد من حيث كونه إيجادا موقوف على إذن المولى و بالإذن يصحّ فيصحّ بالإجازه اللّاحقه أيضا

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى وجه عدم الصّحه بالإجازه اللّاحقه من أنّ المنع راجع إلى نفس الإنشاء الصّادر و ما صدر على وجه لا يتغيّر منه بعده غير وارد أصلا لأنّه لو كان المراد من الإنشاء فى كلامه

هو تلفّظ العبـد و قصـده المعنى لكان إشـكاله واردا و لكن حيث إنّه ليس المراد من الإنشاء فى كلامه ذلك لأنّه يصـرّح فى ردّ صاحب الجواهر بأن هذه التصرّفات لا دليل على حرمتها ثم لا دليل على فساد العقد بها بل هو إيجاد العبد من حيث المسبب أى المصـدر فـإذا كـان هو المراد من الإنشـاء فقوله و مـا صـدر على وجه لا يتغيّر منه بعـده غير صـحيح لأنّه لم يقع الإنشاء فى عالم الاعتبـار و لم يتحقّق مـا أوجـده بـل هو مراعى و موقوف على الإجـازه فكمـا أنّ الإجـازه تصـحّح المضـمون إذا كان راجعا إلى المولى فكذلك تصحّح هذا الإيجاد الصادر من العبد لكون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده

ثم إنّه قدّس سـرّه رفع الإشكال بوجوه ثلاثه الأوّل التمسّك بعموم أدلّه الوفاء بالعقود خرج منها عقد العبد بلا إذن رأسا لا سابقا و لا لاحقـا و بقى الباقى لأنّ المخصّـِص إذا كان مجملا مفهوما بأن كان مردّدا بين الأقل و الأكثر يؤخـذ بالقـدر المتيقّن منه إذا كـان منفصـلا و المتيقّن منه عقـده بلا إذن و لا إجازه لا العقـد الملحوق بالإجازه الثانى الصّـِحيحه المتقـدّمه الـدالّه على صـحّه النّكاح و الطّلاق بالإذن و حيث قام الـدّليل على أنّ النّكاح يصـحّ بالإجازه اللّاحقه أيضا فيصحّ جميع العقود بالإجازه لعدم الفرق بينها

ثم تفطّن لإشكال وارد على التّعميم و هو أن لازمه صحّه الطّلاق بالإجازه أيضا و لا يلتزمون بها و دفعه بأنّه خرج الطّلاق بالدّليل الخارجى و إلّا لقلنا بصـحّته بها من جهه التّعميم و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجه لأنّ الكلام مسوق لنفى استقلال العبد فى الطّلاق لا لصـحّته مطلقا حتّى بالإجازه الثّالث الأخبار الدالّه على أنّ إجازه المولى موجبه لصـحّه نكاح العبد مطلقا سواء كان هو المباشـر للصّيغه أم غيره من جهه ترك الاستفصال فإذا صحّ نكاحه لنفسه مطلقا فيصحّ كلّ تصرف منه مطلقا و لو كان وكاله عن الغير و هذا لوجهين

أحـدهما أنّ إجازه المولى إذا كانت موجبه لصـحّه عقـد العبـد الصّادر منه مباشـره من جهه المضـمون أى من جهه رجوعها إلى متعلّق حقّ المولى و هو تصـرّف العبـد فى سـلطان المولى فلا محـاله موجبه لجهه الإصـدار أيضـا لأنّه لا يمكن أن يصـحّ اسـم المصـدر و لا يصـحّ الإنشاء أى جهه الإصـدار فإذا صـحّ المصـدر بالإجازه فى نكاح العبد لنفسه يصحّ مطلقا بها و لو كان راجعا إلى غير المولى كمـا لو كان وكيلا عن الزّوجه فى هـذا العقـد أو كان وكيلا عن غيرها فى غير هـذا العقـد و هـذا الوجه موقوف على استفاده التّعميم من ترك الاستفصال من جهتين من جهه عمومها لصدور النكاح لنفسه مباشره و توكيلا و من جهه عمومها لصدور العقد منه لغيره و هذا لا يخلو عن إشكال كما سنشير إليه

و ثانيهمـا أنّ تعليـل الصّـِحه بـأنّه لم يعص اللّه فى قوّه أن يقال كلّما لم يكن العبـد إلّا عاصـيا لسـيّده فبإجازه السـيّد يرتفع وقوف تصـرّفه فمعيار الصـحّه فى معامله العبد بعد عدم كونها مخالفه للّه سـبحانه هو إذن السيّد أو إجازته و هذا الوجه أيضا كما يمكن أن يكون مدركا لحكم ما يتعلّق مضمونه بالمولى كذلك يمكن أن يكون مدركا لحكم ما لا يتعلّق مضمونه بالمولى لأنّ المدار فى صـحّه عقد العبد على رضاء المولى و لو لم يكن مضـمونه راجعا إلى المولى بل كان جهه معصـيته لمولاه إيجاده ما لم يأذن فيه و هـذا أيضـا لا يخلو عن منـاقشه لأنّ الأخبـار الوارده فى نكاح العبـد راجعه إلى المعصـيه الفعليّه الرّاجعه إلى التصـرف فى سلطـان المولى لأن نكـاح العبـد و طلاقه لنفسه كإجاره نفسه بلا إذن من المولى فهو تصـرّف فى نفسه الّتى هى ملك للمولى و أين هذا من استفاده حكم المخالفه الغير الرّاجعه

إلى سلطان الولىّ من حيث الإصدار و إيجاد المادّه بالهيئه

و على أىّ حال فالوجوه الأخر واضحه الفساد أمّا التمسّك بالعموم فهو فرع إجمال المخصّص و هو مبيّن فإنّ دليل اعتبار الإذن ظاهر فى الإذن السّابق و الإجازه غير الإذن و أمّا الدّليل الثّانى ففيه أوّلا أن صحّه النّكاح بالإجازه اللّاحقه لا تكشف عن أعميّه الإذن مفهوما بل غايه الأمر أنّ الدّليل الدالّ على صحّه النّكاح بالإجازه حاكم على الدّليل الدالّ على اعتبار الإذن و يوسع دائره الموضوع تعبّدا و ثانيا يصحّ دعوى عكس ما استظهره قدّس سرّه من الصحيحه بأن يقال لما كانت الصّحيحه مشتمله على الطّلاق الّذى لا يصحّ بلحوق الإجازه نستكشف أنّ المراد من الإذن فيها خصوص الإذن السّابق و صحّه النّكاح بالإجازه فإنّما هى لدليل خارج و لا يلزم تأخير البيان لأنّ الكلام المذكور مسوق لبيان نفى استقلال العبد فى النّكاح و الطّلاق بحيث لا يحتاج إلى رضى المولى

و لا يخفى أنّ العكس أولى ممّا استظهره قدّس سرّه فإنّه لو كانت الصّحيحه بصدد بيان صحّه النّكاح و الطّلاق بالأعم من الإذن و الإجازه للزم تأخير البيان عن وقت الحاجه و قوله قدّس سرّه إنّ الصّحيحه مسوقه لبيان نفى استقلال العبد بالطّلاق لا يدفع المحذور فإنّه لو كانت الصّحيحه مسوقه لهذا لكانت مسوقه بالنّسبه إلى النّكاح أيضا لبيان نفى استقلال العبد به لا لصحّته بالأعمّ من الإذن و الإجازه فمن أين تستفاد الصّحه بالإجازه من الصّحيحه و لا خصوصيّه فى الطّلاق حتى يقال إنّها بالنّسبه إليه ناظره إلى نفى الاستقلال دون النّكاح فتدبّر جيّدا

و أمّا الدّليل الثّالث فقد أوضحنا ما فى التّقريب الثّانى منه الّذى أمر بأن يفهم و يغتنم جزاه اللّه تعالى عن العلماء خير الجزاء و أمّا التقريب الأوّل ففيه أنّ ترك الاستفصال و إن كان مفيدا للتّعميم فى باب النّكاح و نحوه إلّا أنّه للتعدى إلى غير مورده لا يفيد لأنّه لو فرض بأنّه ع صرّح بأنّ نكاح العبد يصحّ بالإجازه و لو باشره بنفسه لما أمكن التعدّى إلى مورد وكاله العبد لغيره أو إجرائه الصّيغه و إيجاده العلقه فضولا لأن صحّه نكاحه لنفسه و إن استلزم تصحيح جهه إصداره أيضا حيث إنّ الإجازه يرجع إلى ما يتعلّق مضمونه بالمولى فصحّه جهه إصداره إنّما لوحظ معنى حرفيا و إذا دلّ الدّليل على صحّه النّتيجه بالإجازه فيدلّ على صحّه جهه الإصدار لأنّها من مقدمات حصول النّتيجه إلّا أنّ هذا الدّليل لا يمكن أن يدل على صحّه جهه الإصدار إذا لوحظت معنى اسميّا و عقد العبد لغيره فضولا أو وكاله جهه توقّفه على إجازه المولى هو جهه إصداره و إلّا فمضمونه غير راجع إلى المولى و لم يدلّ دليل على أنّ الإجازه أيضا كالإذن فى جهه الإصدار كما لا يخفى

إلّا أن يقال إنّ الأخبار الدالّه على صحّه نكاح العبد إذا أجازه المولى الوارده فى ردّ حكم بن عيينه و إبراهيم النّخعى ظاهره فى إعطاء قاعده كليّه و هى أنّ كلّما رجع جهه الصّحه إلى إذن السيّد فإجازته كإذنه و كيف كان فممّا ذكرنا من أنّ المراد من الشّى ء فى الآيه المباركه هو الشى ء المعتدّ به و أن إيجاد العبد العلقه المالكيّه و نحوها شى ء لا يقدر عليه العبد إلّا بإذن سيّده يظهر أنّ الوكاله من الغير أو إيقاع العبد العقد للغير فضولا أيضا محتاج إلى إذن السيّد فما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه من صحّه عقد العبد للغير و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازه استدلالا بهذه الأخبار الدالّه على أنّ معصيه السيّد لا يقدح بصحّه العقد و إنّما تدلّ على التوقّف على الإجازه فيما يرجع مضمونه إلى السيّد دون ما لا يرجع إليه غايه الأمر

أنّه عصى السيّد فى التصرّف فى لسانه و النّهى إذا كان راجعا إلى المعامله من حيث السّبب لا يدلّ على الفساد

ففيه أنّه كما يتوقّف المضمون إلى الإذن أو الإجازه إذا رجع إلى المولى فكذلك يتوقّف المعنى المصدريّ إلى الإذن أو الإجازه و لو لم يرجع مضمونه إلى المولى لأنّه شي ء لا يقدر عليه العبد فوجه بطلان عقد العبد لغيره إذا لم يكن مأذونا و لا مجازا هو هذا لا لكونه تصرّفا فى لسانه الّذى هو ملك السيّد فإنّه لا دليل على حرمته أوّلا و حرمته لا يوجب الفساد ثانيا فلا يكون حرمته منشأ لالتزام المشهور بفساد عقد العبد للغير بلا إذن و لا إجازه مع أنه لو كان هذه الأخبار دالّه على أنّ معصيه السيّد فى تحريك اللّسان لا يوجب الفساد لكان مقتضى التّعليل فساد البيع لو عصى اللّه سبحانه كما فى البيع وقت النّداء مع أنه لم يقل به أحد فهذه الأخبار ناظره إلى إعطاء قاعده كليّه و هى أنّه كلّما رجع أمر العبد إلى المولى من جهه من الجهات فهو موقوف إمّا على الإذن أو الإجازه

[فرع لو أمر العبد آمر أن يشترى نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ]

قوله قدّس سرّه فرع لو أمر العبد آمر أن يشترى نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ إلى آخره

لا وجه للإشكال فى صحّه اشتراء العبد نفسه من مولاه بوكالته من المشترى لأنّ الإشكال بأن الموجب و القابل متحد و هو المولى فإنّ لسان العبد لسان المولى واضح الاندفاع لأن الاتّحاد تنزيلا غير الاتّحاد خارجا و يكفى التّغاير الخارجى فى اعتبار التغاير بين الموجب و القابل كما أنّه يكفى الاتّحاد خارجا مع التّغاير اعتبارا كما أنّ الإشكال يتوقّف وكالته إلى إذن المولى و هو حين إيجاب المولى غير مأذون منه و إنّما يصير وكيلا بعد الإيجاب فيجب إعاده الإيجاب ثانيا غير وارد لعدم الدليل على اعتبار الإذن حين الإيجاب فإنّ الشّروط المعتبره فى العقد على أنحاء

منها ما يعتبر فى مجموع العقد و منها ما يعتبر حين صدور الإنشاء ممّن بيده صدوره فيكفى للصّحه وكاله العبد حين إنشائه القبول للمشترى الآمر له كما أنّه لو لم يكن القابل مأذونا حين الإيجاب و صار مأذونا بعده قبل القبول لكفى لصحّته هذا مضافا إلى أن اعتبار الإذن حين الإيجاب يوجب مدخليّه إجازه المولى بعد القبول لا بطلان العقد

و بعباره أخرى إنشاء العبد يحتاج إلى إذن مولاه أو إجازته و إلى إذن المشترى أو إجازته فلو لم يتحقّق الإذن من أحدهما أو كليهما كفت الإجازه اللّاحقه و ليست عباره العبد كعباره الصبيّ و المجنون هذا لو وكّله المشترى فى الاشتراء من نفس المولى و أمّا لو وكّله فى الاشتراء من وكيل المولى فلو كان وكيله وكيلا فى خصوص بيع العبد لا فى بيعه و إذنه للعبد فى وكالته عن الغير فلا شبهه فى احتياج الاشتراء إلى الإجازه من المولى فى وكالته و أمّا لو كان وكيلا حتّى فى التوكيل أيضا فإيجاب الوكيل بمنزله إيجاب المولى فيعود النّزاع المتقدم فظهر أنّ الحقّ هو التّفصيل بين الموردين و لعل وجه نظر المحقّق و الشهيد الثّانيين إلى الصوره الأولى

[القول فى بيع الفضولى]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع إلى آخره

لا- إشكال فى أنّ العقد بالإذن من المالك أو ممّن له حقّ فى العين كذى الخيار و المرتهن و الغرماء و أمثالهم يخرج من الفضولى إنّما الكلام فى خروجه منه بمجرّد الرّضا الباطنى من دون أماره عليه اختار المصنف فى المقام خروجه منه و عدم التوقّف على الإجازه اللّاحقه سواء علم به العاقد أو انكشف له بعد حصول العقد بأنّه كان حين البيع راضيا أم لم ينكشف له أصلا لأنّ المناط فى الصّحه الواقعيّه هو الرّضا واقعا

و الحق عدم خروج العقد

الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرّد الرّضا الباطنىّ من المالك و من له الحقّ مرتهنا كان أو مولى و ذلك لأنه لو كان أمر العقد موقوفا و غير ماض إمّا لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلّا فلا يخرج عن التّوقيف إلّا باستناده إلى المالك أو ذى الحقّ و الاستناد و التّنفيذ من الأمور الإنشائيه و يكونان كسائر الإيقاعات لا بدّ من إيجادهما إمّا باللّفظ أو بالفعل فلا الكراهه الباطنيّه ردّ و لا الرّضا الباطنى إجازه بل كلّ منهما يحتاج إلى كاشف

و أمّا ما اختاره المصنف فمضافا إلى أنّه ينافيه استدلاله لصحّه عقد المكره مع لحوق الرّضا بفحوى الفضولى لأنّ الأولويّه فرع فقد الفضولى أمرين الاستناد و الرّضا و أمّا لو قلنا بعدم اعتبار الاستناد و كفايه الرّضا الباطنى من المالك و لو كان المباشر غير المالك فلا أولويّه لأنّ ملاك الفضولى و المكره فى الاحتياج إلى شرط واحد على حدّ سواء يرد عليه أن ما استدلّ به لا دلاله فيه

أمّا قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فلأن مقابله الجمع بالجمع يقتضى التّوزيع أى كلّ مكلّف يجب عليه الوفاء بعقده و عقد الفضولى لا يكون عقد للمالك بمجرّد رضائه به لأنّ كونه عقدا له يتوقّف على مباشرته أو نيابه الغير عنه بالإذن أو الإجازه بعد صدور العقد من الفضولى و فى حكم هذه الآيه قوله أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ لأن البيع هنا بمعناه المصدرى فيصير معناه أحلّ اللّه إيجاد هذا المعنى و إيجاد المالك ينفذ إذا صار إيجادا له

و بعباره أخرى معناه أحلّ اللّه بيوعكم و البيع يصير بيعا له إذا استند إليه و إلّا فليس بيعا منه و أمّا قوله تعالى إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ فهو أظهر فى اعتبار الاستناد إلى المالك لأنّ التّجاره بمعنى التكسّب و لا يكون التكسّب منه إلّا بالمباشره أو الإذن أو الإجازه و الرّضا الباطنى ليس منها لأنه لا يصير به التّجاره من الغير تجاره منه و أمّا قوله ع لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه ففيه أولا أنّه ليس إلّا فى مقام بيان اعتبار الطّيب و الرّضا لا فى مقام بيان أنّ مجرّد الطّيب كاف فهو نظير قوله ع لا صلاه إلّا بفاتحه الكتاب و لا صلاه إلّا بطهور و ثانيها الحليه فى المقام هى الحليّه التّكليفيّه أى إنّ التصرّف بالأكل و الشّرب و نحوهما فى مال الغير لا يجوز إلّا برضاء مالكه و كلامنا فى نفوذ التصرّف الوضعىّ

و أمّا قضيه عروه فلا دلاله فيها أصلا لاحتمال كونه وكيلا مفوّضا و أمّا كلمات الأصحاب فالرّضا المذكور فيها هو بمعنى الاختيار لا طيب النّفس فإنّه يطلق على الاختيار أيضا و من ذلك قول السّيّد فى الدرّه كما ارتضاه المرتضى و قوله ع فذلك رضا منه الوارد فى أنّ إحداث ذى الخيار يوجب سقوط خياره و قوله ع و رضيكم خلفاء و قول العامّه إنّما سمّى الرّضا عليه السّلام بالرّضا لأنّ المأمون اختاره ولىّ العهد فقولهم إنّ الشّرائط كلّها حاصله إلّا رضا المالك أى إلّا اختياره فلا شبهه أنّ الاختيار معنى إنشائى لا بدّ من حصوله بكاشف فعلى أو قولىّ

و أمّا قولهم إنّ الإجازه لا يكفى فيها السّكوت لأنّه أعمّ من الرّضا فدلالته على ما اعتبرناه أظهر لأنّ ظاهره اعتبار الاختيار و إلّا قد يكون السّكوت فى محلّ خاصّ كاشفا عن الرّضا و الطّيب كما فى سكوت الباكره فالأولى استدلال المصنف بسكوت الباكره كما استدلّ بما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه و الاستدلال بصحيحه محمّد بن مسلم و الحميرى الآتيتين فإنّ فى الأولى منهما لا تشترها إلّا برضاء أهلها و فى الثّانيه منهما الضّيعه لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالكها أو بأمره أو

رضا منه و تقريب الاستدلال واضح و لكن الأقوى عدم دلاله كل ذلك على مختاره أمّا سكوت الباكره فهى قبل العقد و كفايه الرّضا الباطنى للتوكيل غير كفايته بعد العقد مع أنّ السّكوت فى مقام الاستيذان و فى مقام الفسخ و الإجازه من الكواشف العرفيّه عن الإذن أو الإجازه و لذا فى ما كان الخيار فوريّا لو سكت ذو الخيار مع علمه بالخيار يستكشف منه الإجازه

و يؤيّد ذلك قوله ع إن سكوتهم إقرار منهم أى إثبات للنّكاح و اختيار له فتأمل و أمّا الخبران فأوّلا لا يدلان إلّا على اعتبار الرّضا لا على كفايته مطلقا كما فى قوله لا يحلّ و ثانيا يمكن حملهما على الرّضا بمعنى الاختيار و بالجمله العناوين المتعلّقه بها الوضع سواء كانت عقدا أم إيقاعا لا بدّ لها من كاشف قوليّ أو فعليّ و لذا لا نلتزم بتأثير الشّروط البنائيّه نعم فى العقود الإذنيّه يكفى الرّضا الباطنى و لكنّها فى الحقيقه ليست عقدا و على هذا لا فرق بين تعلّق الحقّ المالكى بعقد الفضولى أو حقّا آخر ماليا كان كما فى الرّهن و التّفليس و نحو ذلك أو ولايه سواء كانت جهه الولايه راجعه إلى المال كعقد العبد لنفسه أو لغيره أم لم تكن إلّا صرف السّلطنه على العقد كحق العمّه و الخاله

فتفصيل المصنف بين عقد العبد و غيره لا وجه له فإن معصيته ليست راجعه إلى التّكليف حتى تخرج عنها بمجرّد رضا المالك باطنا و إلّا لم يكن وجه للتّفصيل بين معصيه اللّه و معصيه السيّد لأنّ معصيه السيّد معصيه اللّه بل المعصيه هنا بمعنى المخالفه الوضعيّه حيث إنّه تصرّف فى سلطان المولى و الخروج عن المخالفه الوضعيّه يتوقف على كاشف قوليّ أو فعليّ

و بالجمله هذه المراتب الثلاث و هى بيع مال الغير و بيع الرّاهن و نحوه و نكاح العبد و نحوه كلّها متوقّفه على إذن ذى الحقّ أو إجازته و التّفصيل بينها لا وجه له و ذلك لأنّه ثبت من الأدلّه الخارجيّه عدم استقلال العبد و الرّاهن و الباكره و كلّ من كان من قبيل هذه الطّوائف الثّلاث فى عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرّد رضاء ذى الحقّ فإنّ به لا يسند العقد إليه و عدّ سكوته فى بعض المقامات إجازه فهو من باب أن من لا يميل إلى شى ء لا يقدر على إمساك نفسه طبعا فلو سكت فى محلّ الإمضاء و الردّ فسكوته كاشف عرفى عنها و لذا عبّر فى الأخبار عن الإمضاء بالسّكوت الّذى هو نظير الأمر الوجودى لا بمثل عدم الرّدع و نحوه و الظّاهر أنّ المسأله لا تحتاج إلى أزيد من ذلك فإنّ بالمراجعه إلى نظائرها يظهر صدق ما ادّعيناه فراجع باب الفسخ و الردّ و الرّجوع

قوله قدّس سرّه بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه إلى آخره

لا يخفى أنّه لم يتحقّق الإجماع على بطلانه فى جميع الإيقاعات نعم الظاهر تحقّقه فى العتق و الطّلاق و مع ذلك يمكن أن يكون مدرك المجمعين هو قوله ع لا عتق إلّا فى ملك و قوله ع الطّلاق بيد من أخذ بالسّاق و كيف كان بناء على ما سيجى ء من أنّ الفضولى فى البيع على مقتضى القاعده فيلحق به سائر العقود و جميع الإيقاعات إلّا ما خرج كما فى الرّجوع إلى الزوجيّه بالفعل فإنّه لا يقبل الفضولى

و بالجمله يجرى الفضوليّ فى جميع الإيقاعات بمقتضى القاعده الأوّليّه نعم لا يجرى فى جمله منها لمانع آخر سنشير إليه فى العنوان الآتى

[المسأله الأولی أن یبیع للمالک مع عدم سبق منع من المالک]

اشاره

قوله قدّس سرّه فهنا مسائل ثلاث الأولی أن یبیع للمالك مع عدم سبق منع من المالك إلی آخره

محلّ الاتّفاق من القائلین بصحّه الفضولی فی مقابل البطلان هذه الصّوره و أمّا إذا باع للمالك مع سبق المنع منه و ما إذا باع لنفسه كالغاصب فهو محلّ الخلاف حتی بین القائلین

بصحته فالأولى تنقيح أن مقتضى القاعده هل صحّته فى جميع الصّور أو بطلانه كذلك أو التّفصيل و على أىّ حال الإيقاعات ملحقه بالعقود

و ينبغى أوّلا تمهيد مقدّمه و هى أنّ الأفعال المترتّبه عليها الآثار و المصادر الصّادره من الأشخاص على قسمين قسم يتحقّق اسم المصدر فيه بنفس تحقّق المصدر و لا ينفكّ منه إلّا بتخلّل فاء التّرتيب و هو ما كان من سنخ الخارجيّات كالضّرب و الغسل و الكسر فإن نتيجتها حاصله بنفس حصول الفعل بل لا فرق بين الفعل و الانفعال إلّا اعتبارا

و قسم لا يتحقّق فيه الأثر المرغوب منه بنفس تحقّق الفعل و هو ما كان من قبيل الاعتباريات فإن خارجيّته ليس بإيجاد كلّ موجد و صدوره من كلّ شخص بل لا بدّ من تحقّقه بإيجاد من ينفذ إيجاده و أمّا من لم ينفذ إيجاده فهو و إن كان بنظره لا ينفكّ الوجود عن الإيجاد إلّا أنّه ليس بنظر العقلاء إيجادا فمجرّد إيجاد العلقه المالكيه بقوله بعتك السماء لا يوجب تحقّقها و فى كلّ من القسمين لو لم يعتبر صدور الفعل من مباشر خاصّ يصحّ التّوكيل و الاستنابه فيه كالأمر بالضرب و إيجاد العقد و لكنّه ليس كلّما يقبل النّيابه يقبل الإجازه فإنّ القسم الأوّل مع قبوله النّيابه لا يقبل الفضولى لأنّ الفعل الخارجى الّذى لا ينفكّ أثره عنه لا يتغيّر بالإجازه عما وقع عليه و لا يستند الضرب إلى غير الضّارب بالإجازه منه و لا ينافى ذلك ما ورد من أنّ الراضى بعمل قوم كالدّاخل فيهم فإنّه كالدّاخل حكما لا أنّ الفعل صدر منه بالرّضا اللّاحق

فما ينسب إلى كاشف الغطاء من أن كلّ ما يقبل النّيابه يقبل الفضولى ليس بإطلاقه صحيحا بل لا بدّ أن يقيّد بأنّه كلّما يقبل النّيابه و التبرّع فهو يقبل الفضولى و هو أيضا منتقض بأداء الدين من الغير تبرّعا و أمّا القسم الثانى فحيث إنّ نفس الإنشاء ليس علّه تامّه لتحقّق المنشإ خارجا أى فى عالم الاعتبار فبإجازه من له حق الإجازه يتحقّق المنشأ و يستند إلى المجيز و السرّ فيه هو أنّ فى الاعتباريات حيث إنّ المنشأ لم يتحقّق بعد فبالإجازه يتحقّق

نعم نفس الإنشاء بما هو لفظ و معنى أيضا غير قابل للإجازه و لكن لا يعتبر فى تحقّق المسبّب أن يكون سببه أيضا مستندا إلى من له الحق ثم إنّه كما يعتبر أن يكون ما يقبل الفضوليه من الاعتباريات كذلك يعتبر أن لا يكون نفس الإجازه عله تامّه لتحقّق المنشإ و إلّا يخرج عن عنوان الفضولى لأنه لو كان إمضاء ذى الحق و إجازته بنفسه إيجادا للمنشإ سواء كان هناك عقد الفضولى أم لم يكن فلا معنى لعدّه من الفضولى

و بعباره أخرى يعتبر فى صحّه العقد الفضولى بالإجازه أمران أحدهما عدم كون الفعل علّه تامه لتحقّق أثره و ثانيهما عدم كون إجازه المجيز علّه تامّه لتحقّق أثرها بل لا بدّ أن تكون الإجازه راجعه إلى إنفاذ فعل الفضولى بحيث كان عقده أو إيقاعه معدّا و موجبا لقابليّه تحقّق الإجازه كبيع الفضولى أو عتقه أو طلاقه بحيث إنّه لو لم يكن عقده أو إيقاعه كان قوله أجزت لغوا و أمّا لو كان الإجازه بنفسها علّه تامّه فيخرج عن عنوان الفضولى

و بمقتضى الأمر الأوّل يخرج جمله من الإيقاعات عن عنوان الفضولى كالقبض و الإقباض و إعطاء الدين بل إعطاء الخمس و الزكاه لو قيل بجريان التبرّع فيهما و جامعه ما كان تحقّقه بالفعل سواء اعتبر فيه المباشره أم صحّ بالوكاله أو النّيابه الرّاجعه إلى

فعل الموكل أو المنوب عنه ببدنه التّنزيلى و لم يكن له أثر آخر ممكن الترتّب و عدمه لأنّ الفعل لا يتغيّر بالإجازه عمّا هو عليه و مقتضى الأمر الثانى يخرج العقود الإذنيّه كالوكاله

فی التصرف و العاریه و الودیعه و جمله من الإیقاعات کالفسخ و الإجازه و الإبراء و الجعاله بناء علی کونها منها لأن وقوع هذه العقود و الإیقاعات من الفضولی و عدمه علی حدّ سواء فإن إجازه هذه بنفسها تکون وکاله و عاریه و ودیعه و فسخا و إجازه و إبراء و جعلا

إذا عرفت ذلک فاعلم أنّ المصنف قدّس سرّه حیث لم یعتبر فی العقد استناده إلی من بیده أمره و إنّما اعتبر الرّضا فقط فقد استدلّ علی کون الفضولی مطابقا للقاعده بالعمومات لأنّ المتیقّن من تخصیصها فقد الإذن و الإجازه معا و لکنّا حیث اعتبرنا الاستناد فینبغی الاستدلال بها لصحّته بتقریب آخر و هو أنّه و إن اعتبر الرّضا و الاستناد معا فی صیروره العقد عقدا لمالک إلّا أنّ المتیقّن من اعتبارهما إنّما هو فی ناحیه المسببات و أمّا صدور الأسباب ممّن له حقّ الإجازه أو نائبه فلا دلیل علیه بل لا إشکال فی عدم اعتباره لأنّ فی جهه الصدور لا فرق بین المالک أو الوکیل و الفضولی فإنّ کلّا منهم ینشئ المقابله بین العوضین فیقول بعت هذا بهذا لا أنّ المالک یقول بعت مالی بمال المشتری و الوکیل یقول بعت مال الموکل

و بالجمله فحیث إن جهه الصدور لا تختلف باختلاف المالکیّه و الفضولیّه فلا وجه لاعتبار استناده إلی المالک بل المعتبر استناد خصوص المسبّب و النّتیجه و هذا یحصل بإجازه المالک و لو اعتبر استناد نفس الصّدور من حیث السّبب أیضا إلی المالک فالإجازه لا تغیر الفعل عمّا وقع علیه و لکن لم یقم دلیل علی ذلک و لو شکّ فی اعتباره فالمرجع هو الإطلاقات

و حاصل الکلام أنّه لیس الفضولی فاقدا لخصوص الرّضا کما أفاده المصنف قدّس سرّه حتی یجعل صحّه الفضولی بضمیمه الرضاء اللّاحق مطابقه للقاعده بل قد یکون الرّضا حاصلا فالعمده کونه فاقدا للاستناد مع أنّه لو دلّ الدّلیل علی اعتبار الإذن فالظّاهر منه الإذن السّابق لأنّه کسائر الشّروط لا بدّ أن یکون مقارنا للعقد و إلّا یصیر کلّ شرط قابلا لأن یتأخّر

و بالجمله جهه کونه مطابقا للقاعده أنّه لا یعتبر الرّضا و الاستناد إلّا فی المسبّب و حیث إنّه لم یتحقّق بإیجاد الفضولی بل یتوقّف علی إجازه المالک فبإجازته یتحقّق و یستند إلیه

[أدله صحه بیع الفضولی]

[من أدله صحه الفضولی قضیه عروه]

قوله قدّس سرّه و استدلّ علیه بقضیّه عروه البارقی إلی آخره

قد ظهر ممّا ذکرنا فی تقریب الاستدلال بالعمومات أن عقد الفضولی صحیح بمقتضی الأدلّه العامّه و القواعد الکلیّه فالاستدلال لصحّته بالأدلّه الخاصّه إنّما هو لمزید إتقان فلو نوقش فیها بما ذکر فی کلمات الأصحاب رضوان اللّه تعالی علیهم فلا یضرّ بالقول بالصّحه

فمن الأدلّه الخاصّه قضیه عروه و الظّاهر أن محلّ الاستدلال بها إنّما هو فی بیعه لا فی شرائه لأنّه مسبوق بالإذن الفحوی حیث إنّ

إذنه صلّى اللّه عليه و آله له بشراء شاه بـدينار يقتضـى إذنه و رضاه بشـراء شاتين بهـذا المبلغ بطريق أولى ثم إنّ دخول بيعه فى الفضولى يتوقّف على عـدم كون عروه وكيلاـ مفوّضـا فـإنّه لو كـان كـذلك أو احتمـل كونه كـذلك بطـل الاسـتدلال بالقضـيه فالعمـده هذا الإشـكال و أمّا المناقشه الّتى ذكرها المصـنف من أنّ مع علم عروه برضا النّبى صـلّى اللّه عليه و آله يخرج بيعه عن الفضولى و إلّا يلزم أن يكون قبضه و إقباضه حراما

ففيه مـا عرفت من أنّ الرّضـا البـاطنى لا يخرج البيع عن الفضوليّه و لا تلازم بين كون البيع فضوليا و حرمه التصـرّف فى الثّمن أو المثمن لأنّ العلم بالرّضا الباطنى يفيد جواز التصرف التّكليفى و إن

لم يفد الوضعى ثمّ لا وجه لتأييد الخروج عن الفضوليّه بما ذكره قدّس سرّه من أنّ الظّاهر وقوع معامله عروه على جهه المعاطاه و المناط فيها هو الرّضا و مجرّد وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر و ذلك لأنّه لا وجه للظهور مع أنّ الإنشاء القوليّ فى كمال السّهوله

ثم إنّه كيف يكفى للملك مجرّد وصول العوضين إلى مالك الآخر مع الرّضا نعم بناء على الإباحه يمكن القول بكفايته و لكن الظّاهر من قوله ص بارك اللّه فى صفقه يمينك أنّ المعامله صدرت من عروه قولا أو فعلا لا أنّه كان آله للإيصال

[من أدله صحه الفضولى صحيحه محمد بن قيس]

قوله قدّس سرّه و استدلّ له أيضا تبعا للشهيد فى الدروس بصحيحه محمّد بن قيس إلى آخره

لا يخفى أنّ الاستدلال بهذه الصّحيحه تاره لحكم الإمام عليه السّلام بصحّه البيع فى هذه القضيّه الشخصيّه و أخرى لحكمه ع بأنّ بيع الفضولى لو تعقّبه الإجازه يصحّ فلو كان على الوجه الثّانى فالمناقشه فى نفس هذه القضيّه لا توجب المنع عن الاستدلال بها لأنّ الكبرى تستفاد منها على أى تقدير نعم لا بدّ من توجيه نفس القضيّه لئلّا يلزم خروج المورد و لو كان على الوجه الأوّل فلا يصحّ الاستدلال بها لما يرد عليه من الإشكالات و لكنّها ضعيفه إلّا واحد منها و هو ظهور الرّوايه فى كون الإجازه بعد الردّ

فمنها حكمه ع بأخذ الوليده قبل سماع دعوى المشترى فلعلّه يدّعى وكاله ابن السيّد و منها عدم استفصاله ع من السيّد فى الإجازه و عدمها و حكمه بأخذه الوليده قبله و منها حكمه ع بأخذ ابنها معها مع أنّه تولّد حرّا لعدم علم أبيه بالحال فكان الوطى شبهه و إلّا لم يكن وجه لقوله ع خذ ابنه الّذى باعك لينفذ البيع فإنّه لو كان الواطئ عالما بأنّ الوليده كانت لغير البائع لم يكن له وطيها و كان الولد رقّا و منها حكمه ع بأخذ ابن السيّد مع أنّ حبسه لا يجوز و منها تعليمه ع الحيله مع أنّها ليس من وظيفه الحاكم و منها و هى العمده ظهور كون الإجازه بعد الردّ لوجوه الأوّل أنّ ظاهر المخاصمه ذلك الثانى إطلاق الحكم بتعيين أخذ الجاريه و هو لا يصحّ إلّا بعد ردّ السيّد و إلّا وجب التّفصيل الثالث تشبّث المشترى بالإمام ع للعلاج فى فكّ ولده و لو لم يرد السيّد لم يكن وجه له الرّابع ظاهر قول المشترى لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابنى فإنّ كلامه صريح فى أنّ السيّد أخذ ابن الوليده و ظاهر أنّ أخذه إياه ليس إلّا من جهه ردّه البيع فأخذه إمّا لدعواه رقيّته فيكون ملكا له و إمّا لأخذه قيمته يوم الولاده لكونه من نماء ملكه

و لكنّك خبير بأنّ المناقشات الخمس الأول غير وارده فإنّ القضايا الّتى صدرت من أمير المؤمنين عليه السّلام المنقوله عن الأئمّه الطّاهرين ليست منقوله بخصوصيّاتها الخارجيّه بين المتخاصمين فليس غرض أبى جعفر عليه السّلام عن نقل هذه القضيّه إلّا حكم علىّ عليه السّلام بأنّ البيع على مال الغير قابل للإجازه و ليس ع بصدد أن حكم علىّ عليه السّلام و قطعه الخصومه على أىّ طريق كان فهذه الإشكالات رأسا ساقطه

مع أنّه يرد على الأوّل بأنّ المشترى لعلّه كان معتقدا بأنّ الابن هو المالك و لم يدع الوكاله و على الثّانى بأنّ هذا الإيراد لا

يجتمع مع الإيراد بأنّ الصّحيحه ظاهره فى الردّ فإنّها لو كانت كذلك فلا وقع للاستفصال و لو لم تكن كذلك فحكمه ع بأخذ الوليده إنّما هو من حيث البيع الفضولى مع قطع النّظر عن طروّ الإجازه و لحوقها فإنّ المال فى طبعه يقتضى أن يكون بيد مالكه حتى يتبيّن حاله من حيث انتقاله إلى الغير و عدمه و على الثّالث بأنّ

أخذ الولد كان لأخذ قيمته يوم الولاده فلا ينافى كونه حرّا مع جواز أخذه و على الرّابع بأنّه لا مانع من حبس الغاصب لاستيفاء المال الّذى أخذه بلا حقّ و على الخامس بأنّ تعليم هذه الحيل لا مانع عنه خصوصا مع علم الحاكم بأنّ الولد كان فى الواقع وكيلا و أنكر الأب ذلك فالعمده ظهور الرّوايه من الوجوه الأربعه بأنّ الإجازه كانت بعد الردّ و لذا التزم بعض المحشّين بأنّه لا وجه لعدم تأثير الإجازه بعد الردّ متمسّكا بهذه الرّوايه و لكنّك خبير بأنّه لا يمكن الالتزام بما التزم به فإنه مضافا إلى دعوى الإجماع على عدم تأثيرها بعده أنّ القاعده تقتضى أيضا ذلك كما سيجى ء توضيحه فى محلّه فلا بدّ من توجيه يرفع استهجان تخصيص المورد

فنقول لا إشكال فى صراحه الصّحيحه بأنّ بيع مال الغير قابل لأن يصحّ بإجازه مالكه فإنّ قول الباقر عليه السّلام فى مقام الحكايه فلما رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع الولد صريح فى أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه فإذا كانت صريحه فى ذلك و قلنا بعدم تأثير الإجازه بعد الردّ فلا بدّ من توجيهها و حملها على معنى ينطبق مع الحكم بصحّه عقد الفضولى الّذى تعقّبه إجازه المالك و هو أنّ مجرّد المخاصمه و كذلك إطلاق الحكم بتعيين أخذ الجاريه ليس كاشفا عن الردّ لأنّ مخاصمته كان لاستيفاء حقّه و كذلك الحكم بأخذ الجاريه إنّما كان لاستيفاء ثمنها

و بالجمله و إن كان ظاهر الصّحيحه كراهه السيّد البيع إلّا أن مجرّد الكراهه ليس ردا مع أنّ كراهته أيضا غير معلومه لأنّ المردّد بين الردّ و الإجازه أيضا يرفع أمره إلى الحاكم حتى لا يفوت حقّه و يستوفيه إمّا بأخذ ماله أو ثمنه و الحكم بحبس الجاريه و الولد أيضا إنّما كان لانكشاف الحال

و أمّا تشبّث المشترى بالإمام ع و قوله لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابنى فليس ظاهرا فى ردّ المالك أصلا لأنّ الولد على أىّ حال لا يملكه المالك فهو كان متشبّثا به لئلّا يحبس ولده على قيمته يوم الولاده أى يتشبث بالإمام عليه السّلام لأنّ يعلّمه طريق عدم ردّ المالك و كيف كان لمّا كان ظاهر نقل أبى جعفر عليه السّلام حكم علىّ عليه السّلام صحّه عقد الفضولى و قابليّه للحوق الإجازه به فالاستدلال به خال عن المناقشه و إن نوقش فى نفس هذه القضيّه الشخصيّه من جهات

[من أدله صحه الفضولى الروايات الوارده فى النكاح]

قوله قدّس سرّه و ربما يستدلّ أيضا بفحوى صحّه عقد النّكاح من الفضولى فى الحرّ و العبد إلى آخره

يمكن الاستدلال بالرّوايات الوارده فى صحّه عقد النّكاح الصّادر من العبد بلا إذن إذا لحقه إجازه المولى بتقريب آخر غير الأولويّه حتّى يورد عليها بأنّها ظنّيه لأن مصالح الأحكام خفيّه و هو أنّ ظاهر قوله ع إنّه لم يعص اللّه إنّما عصى سيّده أنّ المناط فى البطلان هو عدم تشريع اللّه سبحانه المنشأ بالعقد و أمّا إذا كان مشروعا من قبله سبحانه و لكنّه فى عقده تصرّف فى سلطان الغير فهو منوط بإجازته فإذا أجاز جاز فقوله ع إذا أجاز جاز بمنزله كبرى كليه و خصوصيه كون العاقد عبدا و كون ذى الحقّ سيّدا ملغى قطعا لأنّه عليه السّلام فى مقام بيان أن كلّ من تصرّف فى متعلّق حقّ الغير فأمر هذا التصرّف راجع إلى ذى الحقّ إن شاء أبطله و إن شاء أجازه و على هذا فلو فرض أنّ نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضرّ بالاستدلال

لأنّ المناط فى صحّه الفضولى توقف العقد على إجازه الغير سواء كان جهه الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلّقا لحقّ الغير كتعلّق حقّ الرهانه أو حقّ الغرماء و الدّيان أو حقّ السّادات و الفقراء و نحو ذلك

مع أنّ كون نكاح العبد من قبيل بيع الرّاهن لا وجه له لما عرفت أنّ نكاحه لنفسه من قبيل بيع الفضوليّ مال غيره لأنّه تصرف فى ملك المولى لأنّ نفسه ملك لسيّده

نعم نكاحه للغير و ضمانه و نذره و كلّ ما يتعلّق برقبته بعد العتق لا يرجع نتيجته إلى سيّده و على هذا فما عن ابن حمزه قدّس سرّه من أنّ نكاح العبد و كذا نكاح الحرّ لغيره كنكاح الوليّ الشّرعيّ و العرفيّ إنّما يصحّ بالإجازه لخصوصيّه خاصّه فى كلّ مورد فالتعدّى من هذه الموارد إلى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر عقوده مشكل لا وجه له لأنّ المناط فى الاستدلال إذا كان العلّه المنصوصه فيتعدّى منها إلى كلّ مورد توجد فيه العلّه

و بالجمله استفاده حكم غير ما ذكر فى النصّ عمّا ذكر فيه على أنحاء منها ما إذا علم عدم الفرق بين ما ذكر فيه و غيره كما إذا سئل عن رجل صلّى بغير وضوء فقيل يعيد و منها ما إذا اشتمل الكلام على عموم يشمل المورد و غيره كما إذا سئل عن رجل شكّ فى السّجود بعد ما قام فقيل كلّما شككت فى شى ء و دخلت فى غيره فشكّك ليس بشى ء و منها ما إذا كان مشتملا على علّه لا يحسن التّعليل بها إلّا إذا كان العلّه بمنزله الكبرى الكليّه و المورد بمنزله الصّغرى كما لو قيل لا تشرب الخمر لأنه مسكر و أخبار باب نكاح العبد من هذا القبيل و يمكن أن يكون من قبيل القسم الأوّل بإلغاء خصوصيّه السّياده

و على أىّ حال لا يبتنى الاستدلال على الأولويّه مع أنّ دعوى كونها قطعيّه ليست مجازفه نعم لا يصحّ الاستدلال بالأخبار الوارده فى نكاح الحر لغيره كنكاح الأب لابنه و نكاح الوليّ العرفيّ من الأخ و العمّ و الأمّ للأخ و ابن الأخ و الابن إلّا من باب الأولويّه لأنّ فى هذه الأخبار ليس عموم و لا تعليل موجب للتعدّى و تقريب الأولويّه أن تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازه كان تمليك ماله أولى لأنّ النّكاح أحرى بشدّه الاهتمام به فإذا صحّ فى الأهم ففى غيره يصحّ بطريق أولى

و لكن يشكل التمسّك بها للرّوايه الوارده فى ردّ العامّه القائلين بالفرق بين بيع الوكيل المعزول الغير العالم بكونه معزولا و نكاحه حيث حكموا بالصّحه فى البيع دون النّكاح و هى قوله عليه السّلام ما أجود هذا الحكم و أفسده إنّ النّكاح أحرى و أجدر أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد الحديث فإنّ ظاهر هذه الرّوايه أنّه إذا صحّ بيع الوكيل المعزول فصحّه نكاحه أولى فجعل فيها صحّه البيع أصلا و صحّه النّكاح فرعا له فكيف يمكن العكس فى الفضولى و يقال صحّه النّكاح يستلزم صحّه البيع بطريق أولى

و لكنّك خبير بأنّ هذه الرّوايه لا ينافى المقام بل يؤكده و ذلك لأنّ من هذه الرّوايه تستفاد أهميّه النّكاح و مقتضى كونه أهمّ أن يكون كلّما هو سبب لتحقّق علقه الأهم فلا محاله من أن يكون سببا لغيره فلو صحّ نكاح الفضولى صحّ بيعه أيضا لأنّ التوسعه فى أسباب الأهم بمعنى عدم توقّفه على الإذن السّابق تقتضى التوسعه فى غيره بالأولويّه و أمّا نفوذه معامله الوكيل مع كونه معزولا على موكله بحيث يكون مالكا للمعامله و ينفذ إقراره المتعلّق بها من باب أنّ من ملك شيئا ملك الإقرار به فحيث إنّه حكم مستلزم للضّيق يقتضى أن يكون على عكس ما يكون موسعا أى لو كان ما لا أهميّه فيه موجبا لنفوذه على الموكل بمجرّد توكيله السّابق فنفوذ الأهمّ عليه أولى

هـذا مع أنّه يمكن أن يكون الإمـام بصـدد ردّ العـامّه القـائلين بالفرق و مقصوده عـدم تأثير العزل مطلقا أو كفايه الوكاله السّابقه مطلقا لتأثير عقد الوكيل واقعا فإذا احتمل الصّحه

فى البيع فاحتمال الصّحه فى الواقع فى النّكاح أولى بالرّعايه فلا يمكن التّفكيك بينهما إلّا بالطّلاق فتأمّل

و بالجمله يمكن أن يكون الإمام عليه السّلام بصدد بيان أصل الأهميّه و كون النّكاح أولى بأن يحتاط فيه من دون بيان طريق الاحتياط و معلوم أن مقتضى الاحتياط أن لا يحكم بالصّحه و لا البطلان بل إمّا أن يجدّد العقد أو يطلق و يمكن أن يكون بصدد بيان صحّه النّكاح كما حكموا بصحّه البيع و أولويّه النّكاح عن البيع فى هذا الحكم لا ينافى أولويّه البيع عن النّكاح فى الصّحه بالإجازه اللّاحقه فإن مسأله الفضولى حيث إنّها فى مقام بيان الحكم التّسهيلى و عدم احتياج صحّه العقد إلى الإذن السّابق على العقد فما هو الأهم إذا كان من حيث السبب لا يحتاج إلى الإذن فغير الأهم أولى بعدم الاحتياج و أمّا فى باب الوكاله فحيث إنّ نفوذ عقد الوكيل على الموكل ضيق على الموكل فإذا نفذ غير الأهم فنفوذ الأهم أولى

ثم إنّه يمكن الاستدلال بالروايات الوارده فى نكاح الأمه المشتراه من الغنائم فإن قوله ع فقد وهبت نصيبى منه لكلّ من ملك شيئا من ذلک من شيعتى لتحلّ لهم منافعهم من مأكل و مشرب و لتطيب مواليدهم إلى آخره يدلّ إمّا على إجازه النّكاح أو على إجازه الشراء فإنّ هذه الهبه من على عليه السّلام بعد قوله فيستولى على خمسى من السّبى و الغنائم و يبيعونه فلا يحلّ لمشتريه لأنّ نصيبى فيه يدلّ على أنّ الإجازه اللّاحقه تؤثر

و فى بعض هذه الرّوايات ما يدلّ على استرضاء بعضهم من تحليل الفروج من الصّادق عليه السّلام فقال ع هذا لشيعتنا حلال

[من أدله صحه الفضولى روايات كثيره وردت فى مقامات خاصّه]

قوله قدّس سرّه ثم إنّه ربما يؤيّد صحّه الفضولى بل يستدلّ عليها بروايات كثيره وردت فى مقامات خاصّه إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الرّوايات الّتى استدلّ المصنف قدّس سرّه بها أو جعلها مؤيّده لا تدلّ على المطلوب و لا مؤيّده له أمّا أخبار باب المضاربه فهى على قسمين

قسم تعلّق النّهى فيه بسفر العامل دون أصل المعامله كخبر أبى بصير عن الصّادق ع فى الرّجل يعطى مالا مضاربه و ينهاه أن يخرج به إلى أرض أخرى فعصاه قال ع هو ضامن له و الرّبح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه و نحوه غيره ممّا يدلّ على أنّه لو هلك المال فهو له ضامن و إن خسر فيه فالوضيعه عليه و إن ربح فالرّبح بينهما و قسم تعلّق النّهى فيه بنفس المعامله كخبر أبى الصّلاح عن أبى عبد اللّه ع فى الرّجل يعمل بالمال مضاربه قال ع له الرّبح و ليس له من الوضيعه شى ء إلّا أن يخالف عن شى ء ممّا أمر به صاحب المال و فى معناه روايات أخر كصحيح الحلبى و غيره ممّا هو مذكور فى المتن

أمّا القسم الأوّل فمرجع النّهى فيه إلى النّهى عن المعامله الّتى فيها خسران و أمّا المعامله التى فيها ربح فغير منهىّ عنها و ذلک لأنّ النّهى عن السّفر ليس لكراهه نفس السّفر و لا لكراهه المعامله الّتى فيها نفع بل إنّما هو لأنّ السّفر مظنّه لهلاک المال أو نقص وصفه أو قيمته فأصل المضاربه باقيه فتدخل المعامله الّتى فيها ربح فى عمومها و إنّما تخرج المعامله الّتى فيها وضيعه

و أمّا القسم الثّانى فاشتراكهما فى الرّبح ليس للإجازه اللّاحقه بل لصحّه المضاربه بنحو الترتّب و ذلك لأنه معلوم أنّ غرض المالك ليس إلّا الاسترباح فينهى عن معامله خاصّه لما يراها بلا منفعه فكأنّه قال لا تبع هذا إلّا أن تراه ذا ربح فيخرج المعامله عن عقد المضاربه فى صوره الخسران دون صوره النّفع و القرينه لهذا التّفصيل هو العرف و العاده من أنّ المقصود الأصلى هو الاسترباح ثم إنّ كون الوضيعه عليه مع أن فى صوره البطلان لا وضيعه

محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقّق الخسران و يمكن هذا الحمل فى باب التّجاره فى مال اليتيم أيضا و سيجى ء ذلک

و على أىّ حال كون المقام من الفضولى بعيد غايته و أمّا الأخبار الوارده فى الاتّجار بمال اليتيم فيمكن تخصيصها بما إذا كان المتّجر وليّا فيخرج عن موضوع البحث و وجه ضمانه للمال مع كونه وليّا اعتبار صحّه تصرّفه بما إذا كان مليّا فإنّ الولىّ الغير الملىّ حكمه حكم غير الولى فى حرمه تصرّفه فى مال اليتيم و يستفاد هذا التّفصيل من نفس الأخبار قال ع إذا كان عندک مال و ضمنته فلک الرّبح و أنت ضامن و إن كان لا مال لک و عملت به فالرّبح للغلام و أنت ضامن و عنه ع فى سؤال زراره فى رجل عنده مال اليتيم فقال ع إن كان محتاجا ليس له مال فلا يمسّ ماله و إن هو اتّجر به فالرّبح لليتيم و هو ضامن

□

و لو أخذ بإطلاق الرّوايات لا سيّما فى مثل خبر سعيد سمعت أبا عبد اللّه ع يقول ليس فى مال اليتيم زكاه إلّا أن يتّجر به فإن اتّجر به ففيه الزكاه و الرّبح لليتيم و إن وضع فعلى الّذى يتّجر ففيه أوّلا أنّه ليس فى هذه الأخبار دلاله على كون هذا العقد ممّا لحقه الإجازه بل و لا تعرّض فيها لما إذا كان لليتيم ولىّ و حمله على إجازه الولى فيما كان له ولىّ و إجازه حاكم الشرع فيما لم يكن له ولىّ فى كمال البعد و ثانيا الجمع بين كون الرّبح لليتيم و الوضيعه على التّاجر لا يتصوّر فى بيع الفضولى لأنّ الولىّ لو أمضى هذه المعامله فالوضيعه على اليتيم و لو ردّها فلا وضيعه حتى تكون على التّاجر فلا بدّ من حمل هذه الأخبار على تجاره الولىّ فيما لم يكن مليّا فإنّ الرّبح لليتيم و يضمن المال و عليه النّقص

□

و أبعد من ذلک إدخالها فى مسأله الفضولىّ بالإجازه الإلهيّه بل لا معنى لذلک أصلا فإنّ المتّجر لو كان مأذونا من قبل اللّه سبحانه فليس عقده فضوليا و إن لم يكن مأذونا فلا يلحقه الإجازه قطعا

و أمّا روايه ابن أشيم الّتى رواها عن أبى جعفر ع قال له عبد لقوم مأذون له فى التّجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمه و أعتقها عنّى و حجّ عنّى بالباقى ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه و أعتقه عن الميّت و دفع إليه الباقى ليحجّ عن الميّت فحجّ عنه و بلغ ذلک موالى أبيه و مواليه و ورثه الميّت جميعا فاختصموا جميعا فى الألف فقال موالى العبد المعتق إنّما اشتريت أباک بمالنا و قال الورثه إنّما اشتريت أباک بمالنا و قال موالى العبد إنّما اشتريت أباک بمالنا فقال أبو جعفر ع أمّا الحجّه فقد مضت بما فيها لا ترد و أمّا المعتق فهو ردّ فى الرق لموالى أبيه و أىّ الفريقين بعد أقاموا البيّنه على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقّا إلى آخره

فمضافا إلى ضعف سندها كما قيل و إن سبق على ابن أثيم ابن محبوب و مضافا إلى مخالفتها للقواعد و هى حجّيه عمل العبد المأذون الظاهر فى أنّه اشترى أباه بأمر الدافع دلالتها على الفضولى بأحد التّقريبين الأوّل أن يكون فضوليا بالنّسبه إلى ورثه الدافع حيث إنه مات الدافع فبطل وكاله العبد المأذون فاشتراؤه بلا إذن من الورثه أو بالنسبه إلى مولى المأذون بناء على عدم شمول إذنه له فى التّجاره لشراء العبد أو بالنّسبه إلى مولى الأب لعدم كونه مأذونا أن يشترى عبده بماله بل لا يصحّ فاختصموا لأنّ كلّ واحد منهم ادّعى أنّه اشترى بماله له و الثّانى أن يكون ادعاء كلّ واحد منهم من حيث إنّه اشترى العبد بماله لغيره فيكون كشراء الغاصب بمال الغير لنفسه و لا يخفى أنّ كلّا من التقريبين خلاف الظّاهر أمّا دعوى مولى العبد المعتق فناظره إلى إبطال الشراء

لدعواه بأنّ العبد المأذون اشترى عبده من ماله فيكون العقد باطلا بل لو ادّعى أنّه اشترى بماله لغيره يكون العقد باطلا أيضا لأنّه لا يمكن أن يتملّك عبد نفسه بإجازته الشّراء

و المراد من الاختصام فی الألف أن مولی الأب و مولی العبد المأذون کانا ینکران الشّراء بالألف و ورثه الدافع کانوا یدعون بأنّه اشتراه منه و أمّا دعوی الورثه و مولی المأذون فلا تدلّ علی أنّه اشتری بمالهم لهم أو لغیرهم بلا إذن منهم حتی تکون مطالبه المبیع من باب إجازه بیع الفضولی بل ظاهر الاختصام و دعوی کلّ منهم أنّه اشتری بماله أنّه کان لکلّ منهم أموالا عند العبد المأذون و کان هو مأذونا فی التّجاره لکلّ منهم حتی لورثه الدافع و کان یدّعی کلّ منهم أنّ العبد له لأنّه اشتراه بماله و لیس ظاهرا فی الإجازه و لا وجه لحمله علی الفضولی

ثم إنّ الظاهر من الرّوایه أنّ الدّافع دفع الألف بعنوان الوصیّه فورثته یدعون الشّراء بالألف لیکون ولاء العتق لهم و یؤیّد ذلک قوله ع أمّا الحجّه فقد مضت بما فیها لا تردّ فالورثه لا ینکرون الوصیّه حتی یکون شراء العبد المأذون أباه فضولیا و لا ینافی ذلک قوله ع و أیّ الفریقین بعد أقاموا البیّنه علی أنّه اشتری أباه من أموالهم کان لهم رقّا لإمکان حمله علی لحاظ حال الانقضاء لا التلبس

و کیف کان فظهور الرّوایه فی مسأله الفضولی ممنوع فضلا عن الصّراحه نعم قابل للحمل علیه فتدبّر و علی أیّ حال ما یقال من مخالفتها للقواعد من الوجوه السّته الأوّل منها اشتمالها علی صحّه تصرّف المأذون بالتّجاره فی غیر ما أذن له الثّانی صحّه استیجار أبیه للحجّ مع ظهور الأمر فی أن یحجّ عنه بنفسه الثّالث صحّه حجّ العبد بلا إذن من مولاه الرّابع تقدیم قول مولی الأب من باب الاستصحاب علی قول الآخرین مع أنّ أصاله الصّحه حاکمه علیه الخامس عدم تقدیم قول مولی المأذون مع کونه ذی الید السّادس عود العبد رقّا لمولاه مع اعترافه بالبیع و إن ادّعی فساده ففیه ما لا یخفی

أمّا الأوّل فلأنّه لم یعلم أنّ العبد تصرّف فی غیر ما أذن له نعم بناء علی أن یکون دعوی کلّ واحد من الخصماء هو اشتراء العبد بماله لغیره و ثبوت هذا المعنی واقعا یکون تصرّف العبد فی غیر ما أذن له و هذا فرض فی فرض و أمّا الثّانی فأمر الدافع إن کان وصیّه فظهورها فی کون نفس الوصیّ نائبا عنه فی الحجّ ممنوع و لو کان استیجار أو استنابه للحجّ النّدبی فکونه بالمباشره لا وجه له أیضا و کون الأصل فی التّکلیف الإلهی اعتبار المباشره لا ربط له بالمقام و أمّا الثالث فهو متفرّع علی الثّانی مع أنّه لو کان نفس العبد المأذون مأمورا بالحجّ فظهور الرّوایه فی کونه مأمورا بأن یحجّ بلا إذن ممنوع

و أمّا الرابع فهی و إن کانت مخالفه للقاعده لأنّ الظّاهر من القضیه أنّ هذا العبد کان عنده المال من جمیع الخصماء و کان مأذونا فی التّجاره لمولاه و لمولی أبیه و مأذونا فی اشتراء العبد و عتقه و إعطاء بقیّه الألف للحجّ من قبل الدّافع فإقراره ماض علی کلّ واحد لأنّ من ملک شیئا ملک الإقرار به و الظّاهر من عمله الخارجی أنه کان مقرّا بأنّه اشتری العبد من دراهم الدافع فحجّیه عمله أو إقراره یقتضی نفوذه علی مولی الأب فعود العبد رقا علی خلاف القاعده إلّا أن کونه مخالفا لأصاله الصّحه غیر معلوم لا من باب أنّ أصاله الصّحه فی طرف کلّ واحد من المدّعیین للصّحه معارضه بأصاله الصّحه فی الطّرف الآخر و یرجع إلی أصاله عدم الانتقال من مولی الأب بل لأن أصاله الصّحه تجری فیما إذا کان الشکّ راجعا إلی شرائط العقد و فی المقام

قابليّه هذا الشراء من حيث العوض غير معلومه لاحتمال شرائه عبد شخص بمال هذا الشخص

و أمّا الخامس فكون مولى المأذون ذا يد على عبده غير ملازم لأن يكون ذا يد على الألف الّذى اختصموا فيه مع أنّ المأذون فى التّجاره عمله مطابق لدعوى ورثه الدّافع و أمّا السّادس فكونه حرّا غير ثابت إلّا من باب عمل العبد المأذون و من هذه الجهه عوده رقا إلى مولاه مخالف للقاعده و أمّا من غير هذه الجهه فلم يعلم كونه حرّا حتى يمتنع عوده رقّا

و كيف كان كون هذه الرّوايه مطابقه للقاعده أو غير مطابقه ظهورها فى المدّعى ممنوع و مجرّد الإشعار أو الاحتمال لا يفيد و أمّا صحيحه الحلبى عن الرّجل يشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعه قال لا يصلح له أن يأخذ بوضيعه فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد فدلالته على الفضولى موقوفه على أن يكون الثّوب ملكا للمشترى و لم يكن البائع مأذونا فى البيع و أمّا إذا كان مأذونا فى البيع كما هو الظّاهر لجهل كلّ منهما ببطلان الإقاله فيتخيّل المشترى أنّ الثوب ملک للبائع فيأذن له أن يبيع لنفسه و يردّ عليه ثمنه فباعه البائع بتخيّل أنّه ملكه فيكون عكس من باع مال أبيه بظنّ حياته فبان موته فاحتياج هذا البيع إلى الإجازه و كونه من الفضولى محلّ كلام

و يحتمل أن يكون البائع اشتراه من المشترى ثانيا فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد لهذا قوله ع صاحبه الأوّل فإنّ التّعبير بصاحبه الأوّل لا يناسب مع كون الثّوب ملكا للمشترى فعلا و أمّا موثقه عبد اللّه عن أبى عبد اللّه ع عن السّمسار يشترى بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنّک تأتى بما تشترى فما شئت أخذته و ما شئت تركته فذهب ليشترى المتاع فيقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا بأس فالظّاهر منها هو الاحتمال الثّانى المذكور فى المتن و هو أن يشترى لصاحب الورق بإذنه مع جعل الخيار له على بائع الأمتعه نعم التّعبير بالفسخ كان أنسب من التّرک و لكن مجرّد هذا لا يجعل الرّوايه ظاهره فى الفضولى

ثم إنّ هاهنا أخبارا آخر لم يذكرها المصنف مع أنّها أظهر فى الدّلاله على صحّه الفضولى مما ذكره و حيث أثبتنا صحّتها بمقتضى القواعد العامّه فلا يهمّنا ذكرها و بيان دلالتها

[و احتجّ للبطلان الأدلّه الأربعه]

[أمّا الكتاب]

قوله قدّس سرّه و احتجّ للبطلان الأدلّه الأربعه أمّا الكتاب فقوله تعالى إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ إلى آخره

تقريب الاستدلال بالآيه المباركه من وجهين الأوّل مفهوم الحصر على ما بيّناه سابقا فإنّ مفاد المستثنى و المستثنى منه هو أن لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنّه من الباطل إلّا أن تكون تجاره عن تراض فتدلّ على بطلان عقد الفضولى لأنّه ليس تجاره عن تراض

و الثّانى سياق التحديد فإنّ كلّ وصف ورد فى مقام التحديد يدلّ على اختصاص الحكم بمورد الوصف و إن قلنا بأنّ الوصف لا

مفهوم له فإنّ ذاك النّزاع إنّما هو فى غير مورد التّحديـد و أمّا فى مقام التحديد فحيث إنّه يعتبر فى الحدّ أن يكون جامعا و مانعا يـدلّ على الحصـر فى مورد الوصف فمفـاد الآيه الشّـريفه هو أنّ التّجـاره لاـ عن تراض من أقسـام الباطل و لا يخفى أن كلا من الوجهين لاـ يفيـد المسـتدلّ لأـنّ التجاره هى المسـبب و اعتبار مقارنه الرّضا معه لا إشـكال فيه و أمّا العقـد فلا يطلق عليه التّجاره حتى يعتبر صـدوره عن رضـى المالك و هذا لا ينافى اللّزوم من طرف الأصـيل مع عدم تحقّق المسبّب كما سيأتى لأن وجوب الوفاء عليه من جهه التزامه العقدى و التزامه تحقّق و إن لم تتحقّق الملكيّه لتوقّفها على رضاء الطّرف

الآخر بل لو لم يتمّ العقد أيضا كالإيجاب قبل القبول يمكن أن يقال ليس للموجب الفسخ قبل تحقّق القبول لأن مقتضى مقابله الجمع بالجمع فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو التوزيع فكل مكلف ملزم بالالتزام الّذى التزم لطرفه و إن لم يلتزم الطّرف بعد و لذا نلتزم بوجوب التزام كلّ منهما بما التزم فى باب الصرف و السّلم قبل القبض و إن توقّف الملكيّه على القبض

و بالجمله وجوب الالتزام على الأصيل من أثر العقد المتحقّق بينه و بين الفضولى لا من أثر تحقّق التّجاره الّتى هى المسبب فتوقّف التّجاره على رضا المالك لا يلازم بطلان الفضولى و لا وجه لإنكار الحصر و لا لدعوى أنّ القيد وارد مورد الغالب و لا لإنكار القيد و جعل قوله عزّ من قائل عن تراض خبرا بعد خبر لتكون بأن يكون مفاد الآيه لا تأكلوا أموالكم إلّا بنحو التّجاره و إلّا بنحو الإباحه من المالك و رضاه بالتّصرف لأنّ مع التقييد و الحصر أيضا لا يدل على بطلان الفضولى

[و أمّا السّنه]

قوله قدّس سرّه و أمّا السّنه فهى أخبار منها النبوىّ المستفيض و هو قوله ص لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الرّوايه مرويّه عن طرقنا و عن طرق العامّه فإنّ فى مسند أحمد بن حنبل ذكر قضايا رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله عن عباده الصّامت الّذى هو من أجلّاء الصّحابه و من أقضيته ص قوله لحكيم بن حزام الّذى كان دلالا لا تبع ما ليس عندك و يقرب منها قوله ص لا بيع إلّا فيما يملك بناء على أن يكون مفاده لا بيع فيما لا يملكه البائع و أمّا بناء على أن يكون يملك مبنيا للمفعول فلا ربط له بما نحن فيه و هكذا التّوقيع المبارك لا يجوز بيع ما ليس يملك و لكن جميع ما ورد بهذا المضمون ظاهر فى النّهى عن بيع العين الشخصيّه الّتى للغير من المشترى ثم مضى البائع لأن يشترى من صاحبها و يسلّمها إلى المشترى لأنّ بيع الكلّى سلفا أو حالا جائز باتّفاق الفريقين مع أنّ المبيع ليس عنده فهذا النّهى يدلّ على اعتبار المالكيّه فى ناحيه المسبّب و أنّ المشترى لا يملك ما باعه الدلّال من مال غيره و غير ناظر إلى النّهى عن إجراء العقد فلا دلاله فيه على أنّ الملكيّه لا تحصل للمشترى بإجازه مالكه بعد إنشاء البيع من حكيم بن حزام و غيره

و أمّا روايه الحميرى فدلالتها على صحّه الفضولىّ أظهر من دلالتها على فساده فإنّ مقابله الرّضا بالأمر فى قوله أرواحنا له الفداء أنّ الضّيعه لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالكها أو بأمره أو رضاء منه ظاهره فى كفايه الإجازه اللّاحقه فإنّ الرّضا المقابل للشراء عن المالك أو بأمره هو الرضاء اللّاحق الّذى هو عباره عن الإجازه لا الرّضا المقارن فإنّه متحقّق حين الأمر

فحاصل التّوقيع أنّ الضّياع لا يجوز ابتياعها إلّا بمباشره المالك أو بوكاله منه أو بإجازته بعد ذلك و أمّا صحيح محمّد بن مسلم فلا يدلّ إلّا على أنّ فى مورد نزاع أهل النيل الّتى هى بلده بالفرات و أهل الأستان الّتى هى بلده ببغداد لا بدّ من إحراز مالك الأرض و أنّ المعامله لا تصحّ إلّا إذا اشتريت الأرض من أهلها و ليس فى مقام أنّ إجازه المالك لا تنفع أو أنّ الصّيغه لا بدّ أن تكون مقرونه برضا المالك و أمّا صحيح محمد بن قاسم فهو على صحّه الفضولى أدلّ فإنّ الإمام ع قال قل يمنعها أشدّ المنع أى لا يقبضها الثّمن و لم يقل بأنّ البيع لا يصحّ

ثم لا يخفى أنّه لو سلم دلالتها فلا يمكن تخصيصها بالأدلّه الدالّه على صحّه الفضولى لأنّ تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق بتقريب أن مفاد الأدلّه المانعه هو أن بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجز و مفاد الأدلّه المجوّزه

صحّه البيع للمالک إذا أجاز لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالک بلا إجازته محلّا لتوهّم الصّحه حتّى يرد المنع بنحو العموم بل التّعارض بينهما بالتّباين فإنّه لو سلم إطلاق هذه الروايات و شمولها لما إذا قصد الفضولى البيع للمالک أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا إشكال فى شمول الرّوايات الدالّه على الصّحه لجميع الأقسام

و بتقريب آخر لو سلّم دلاله أدلّه المانعين فتسليمها عباره عن الاعتراف باعتبار الرّضا فى ناحيه الأسباب لأنّه لا معنى لأن يرد هذه الأدلّه فى مقام بيان اعتبار الرّضا فى المسبّبات فإنّ اعتباره فيها لم يكن موردا للتوهّم فإذا دلّت أدلّه المجوّزين على عدم اعتبار الرّضا إلّا فى ناحيه المسبّبات فبالالتزام تدلّ على عدم اعتباره فى ناحيه الأسباب فيتعارضان على نحو التباين

[الثّالث الإجماع]

قوله قدّس سرّه الثّالث الإجماع إلى آخره

لا يخفى أنّ دعوى الإجماع مع مخالفه نفس المدّعى أو مخالفه من فى عصره أو من كان قبله لا تستقيم إلّا أن يكون المراد منه الإجماع على القاعده الكليّه مع حدس المدّعى أوّلا من أن المورد من صغرياتها و مخالفه نفسه ثانيا أو غيره فى هذا الحدس أو سائر المحامل الّتى ذكرها المصنف فى فرائده فمثل هذه الإجماعات لا اعتبار بها

[الرابع ما دلّ من العقل و النّقل على عدم جواز التصرّف فى مال الغير إلّا بإذنه]

قوله قدّس سرّه الرابع ما دلّ من العقل و النّقل على عدم جواز التصرّف فى مال الغير إلّا بإذنه إلى آخره

و لا يخفى أنّه قدّس سرّه أورد عليه أوّلا بأن مجرّد إنشاء العاقد متوقّعا لإجازه المالک ليس تصرّفا

و توضيح ذلک هو أنّ التصرّف فى الأموال مختلف عرفا باختلاف الأثر المرغوب منها فمثل الاستظلال تحت خيمه الغير يعدّ تصرّفا فيها بخلاف الاستظلال بحائطه لأنّ الفائده المعتده بها من الفسطاط ليست إلّا الاستظلال بخلاف فائده الحائط و إنشاء البيع ليس تصرّفا فى المبيع سواء كان بلا إذن كالفضولى أو معه كالوكيل فى إجراء الصّيغه بل التصرّف فيه عباره عن إيجاد ما هو من شئون المالک إيجاده كتصرف نفس المالک بالبيع أو بيع الوكيل المفوّض أو بيع الغاصب فإنّه تصرّف فى المغصوب و بيع المقامر فيما أخذه بالقمار فإنّ الغاصب و المقامر يوجدان البيع حقيقه من قبل أنفسهما و لا يفرقان بين ما ملكاه بالإرث و الغصب أو القمار فهما متصرّفان فى المبيع كتصرّف المالک و الوكيل المفوض و هذا بخلاف الفضولى فإنه و إن كان قاصدا للبيع أى ليس غالطا و هازلا إلّا أنّه يرى نفسه نائبا من المالک و هو متوقّع لإجازته لا بمعنى أنه يعلّق بيعه على إجازته بل بمعنى أنّه يوجد مادّه البيع القابله للاستناد إلى المالک بإجازته

و أورد عليه ثانيا بأنّه لو قيل بأنّ هذا تصرّف فليس كل تصرّف حراما بل هو من قبيل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره ممّا

استقلّ العقل بجوازه و لكن لا يخفى أن هذين لا يعدّان تصرّفا بل انتفاعا و إلا لو كان تصرّفا كالاستظلال تحت خيمه الغير فاستقلال العقل بجوازه ممنوع

و أورد عليه ثالثا بأنّه قد يفرض المسأله فيما إذا علم الإذن فيه بشاهد حال أو قرينه مقال بناء على أنّ ذلك لا يخرجه عن الفضولى و فيه أنّ دعوى المستدل بحكم العقل على بطلان الفضولى لا تشمل هذا المورد فيمكن التزامه بالصّحه فى هذا المورد و البطلان فى سائر الموارد إلّا أن يقال إنّ القائل بالصّحه يكفيه الإيجاب الجزئى فى مقابل السلب الكلّى

و أورد عليه رابعا بأنّ التّصرّف على فرض حرمته لا يوجب الفساد و فيه أنّه لا يوجب الحرمه الفساد إذا رجع النّهى إلى السّبب من حيث إنه فعل من أفعال البائع كحرمه البيع وقت النّداء و أمّا إذا تعلّق بالمسبّب كما هو مبنى الإيراد الخامس فلا ينبغى الإشكال فى فساده

كبيع المصحف من الكافر على ما بيّناه فى الأصول

و إجماله أن ما كان واجبا أو حراما يخرج عن تحت قدره المكلّف لأن معنى كون الشّى ء مقدورا أن يكون كلا طرفى الفعل و الترك تحت اختياره و التصرّف فى المقام لو قيل بحرمته فالحرمه راجعه إلى التّمليك الحاصل من السّبب فالأوجه هو الإيراد الخامس و هو أنّ الفساد من قبل الفضولى لا ينافى الصّحه من قبل المالك بإجازته فإن الفضولى أوجد المادّه القابله لأن تتصور بصوره المالكيه بإجازه المالك لأنّ جميع شروط البيع المالكى موجوده فيه سوى الرّضا و الاستناد إليه فإذا تحقّقت الإجازه تحقّقت الشّرائط طرّا لأنّ المفروض أنّ العقد من حيث الإنشاء تامّ و توهّم فساده من حيث عدم قدره العاقد على التّسليم و فقدان قصده ضعيف فإنّ من اعتبر قدرته عليه و هو المالك قادر و من هو عاجز فلا يعتبر قدرته

و أما فقد القصد فقد ظهر ما فيه فى عقد المكره و إجماله أنّ ما هو مناط العقديّه و هو كون العاقد قاصدا للّفظ و المعنى موجود فى عقد الفضولى و ما هو مفقود فى عقد الفضولى و المكره و هو قصد النّتيجه ليس مناطا فى العقديّه حتّى فى عقد المالك أيضا فإنّ تحقّق المنشأ فى عالم الاعتبار الّذى هو من الأحكام الشرعيّه الإمضائيه لا يعتبر قصده من المالك أيضا بل لا يمكن أن تتعلّق إرادته به و إنّما هو من دواعى الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من المالك فضلا عن الفضولى الّذى ليس زمام أمره بيده لأنّ ما يمكن إنشاؤه و إيجاده هو العلقه بين المال و الطّرف و أمّا تحقّقه بحيث يكون ممّا تعلّق به الإمضاء الشّرعى فهو من أحكام هذا الإنشاء لا من منشئات المنشئ

و كيف كان فلا يعتبر فى صدق العقد سوى قصد اللّفظ و المعنى و هو حاصل من الفضولى كحصوله من الوكيل فى إجراء الصّيغه و لا فرق بينه و بين الفضولى إلّا أنّ الاستناد إلى المالك حاصل حين عقد الوكيل و أمّا الفضولى فيحصل بعد عقده و أمّا فى سائر الآثار كعدم القدره على التّسليم و عدم التمكّن من قصد النتيجه حتى بنحو الدّاعى فهما مشتركان

[المسأله الثّانيه أن يسبقه منع المالك]

قوله قدّس سرّه المسأله الثّانيه أن يسبقه منع المالك إلى آخره

الكلام فى هذه المسأله يقع تاره بناء على صحّه الفضولى من حيث القاعده و أخرى بناء على صحّته للأدلّه الخاصّه أمّا على الأوّل فالأقوى عدم الفرق بين هذه المسأله و المسأله السّابقه لأن منع المالك قبل العقد لا يؤثر إلّا فى سلب استناد العقد إليه و هو كان حاصلا و لو لم يكن منع كما فى الصوره السّابقه و لا يمكن أن يكون ردّا للعقد الّذى لم يوجد بعد نعم قد يتوهّم أن بقاء الكراهه المستمرّه من زمان المنع إلى بعد العقد و لو آنا ما كاف فى ردّ العقد و لكنّه فاسد لأنّ الكراهه الباطنيّه كالرّضى الباطنى لا يؤثران فى الردّ و الإجازه و لا فى الفسخ و الإمضاء و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفى الإذن فى اشتراء الوكيل لو سلّم فإنّما هو لأماريّه الحلف على الفسخ لا لمجرّد كراهه الموكل باطنا بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكاله فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع

و بالجمله مجرّد الكراهه الباطنيّه لا يؤثر فى رفع أثر العقد فلا يضرّ المنع السّابق و يؤيّد ذلك صحّه عقد المكره إذا لحقه الإجازه و دعوى كونها للإجماع لا يصغى إليها للمنع عنه صغرى و كبرى فإنّه على فرض تحقّقه مستند المجمعين معلوم و أمّا على الثّانى فشمول الأدلّه الخاصّه لهذه الصوره مشكل أمّا صحيحه محمّد بن قيس فعدم الاستفصال فيها إنّما هو لظهور القضيه

فی کون ابن مالک الولیده باع الأمه بلا إذن من أبیه کما هو صریح قول والده حیث قال ولیدتی باعها ابنی بغیر إذنی

و احتمال کونه مسبوقا بالنّهی بعید و إلّا کان الأنسب فی مقام المخاصمه أن یقول باعها مع النّهی بل مقتضی الطّبع أن من یقصد السّفر لا ینهی أولاده و أولیاءه عن بیع أمواله فعدم استفصال الإمام علیه السّلام لا یدلّ علی العموم و أمّا أدلّه النّکاح فقد عرفت أنّ المعصیه المذکوره فیها لیست بمعنی مخالفه النّهی بل التّعدی علی المولی و التصرّف فی سلطانه بلا إذن منه و استیذان عنه و أمّا نهی ربّ المال عن المعامله الخاصّه أو السّفر إلی جهه خاصّه و نحو ذلک فقد عرفت عدم دلالته علی کون معامله العامل فضولیا لأن نهیه عنه طریقی ناش عن خوف الخسران فلا یشمل صوره ظهور الرّبح

و علی هذا فحمل أخبار باب المضاربه علی التعبّد کما فی المسالک لا وجه له مع أنّ إعمال التعبّد فی المعاملات بعید و علی أیّ حال أخبار باب المضاربه لیس دلیلا علی صحّه الفضولی لو سبقه منع المالک هذا مضافا إلی عدم التعرض فیها لإجازه ربّ المال بعد معامله العامل و قد ذکرنا أنّ الأخبار الوارده فی التّجاره فی مال الیتیم أیضا لا تعرّض فیها لإجازه الولیّ و دخولها فی باب الفضولی ممنوع فضلا عن أن تکون مؤیّده للصوره الثّانیه لکن الّذی یسهل الخطب أنّ الفضولی صحیح علی القاعده و نهی المالک قبل العقد لا أثر له

[المسأله الثّالثه أن یبیع الفضولی لنفسه]

قوله قدّس سرّه المسأله الثّالثه أن یبیع الفضولی لنفسه إلی آخره

لا یخفی أنّ الاستدلال لهذه الصّوره بالعمومات یتوقّف علی أمرین الأوّل عدم مانعیّه قصد الغاصب أو الجاهل البیع لنفسه إمّا بأن یعلم عدم مانعیّته أو یشکّ حتّی یتمسّک بالعموم لرفع الشکّ و إلا فلو علم بمانعیته فلا معنی للتمسک بالعموم

و بالجمله لو لم یکن القصد لنفسه لغوا فلا یفید إجازه المالک لأنّ إجازه العقد الواقع لغیره لا تؤثر فی الاستناد إلی المجیز و علی هذا فلا معنی للتمسّک بفحوی الصّحه فی النّکاح لصحّه بیع الفضولی لنفسه لأنّ النّکاح الّذی یتعلّق به الإجازه إمّا نکاح العبد لنفسه و إمّا نکاح الفضولی لغیره و کلّ منهما لا یرتبطان بالمقام إلّا بعد لغویّه قصد العقد لنفسه فی المقام أمّا نکاح العبد فلأنّ إجازه المولی تتعلّق بما هو المنشأ من العبد و هو العقد لنفس العبد فصحّته لا تلازم صحه البیع الّذی تتعلّق الإجازه به للمالک

و أمّا نکاح الفضولی لغیره فهو داخل فی إحدی المسألتین السّابقتین الثّانی إمکان تحقّق قصد المعاوضه الحقیقیّه و هو دخول أحد العوضین فی ملک من خرج عن ملکه العوض الآخر و العمده رفع هذا الإشکال العویص فإنّه لو ارتفع هذا فقصد الغاصب أو الجاهل البیع لنفسه لغو قطعا کما أنّ سائر وجوه المنع مثل التمسّک بقوله لا تبع ما لیس عندک و مثل أنّ بیع الغاصب مقارن دائما لمنع المالک لأنّ الغصب أماره عدم الرّضا و مثل أنّ المنشأ غیر مجاز و المجاز غیر منشأ فإنّ المنشأ هو العقد لنفسه و المجاز وقوع التّبدیل لغیر العاقد فیها ما لا یخفی

أمّا قوله لا تبع ما ليس عندك فقد عرفت أنّه لا يدلّ على عدم وقوعه للمالك إذا أجاز لو لم نقل بأنّه وارد فى بيع العين الشخصيّه قبل اشترائه من مالكه و أمّا كون بيع الغاصب مسبوقا بالمنع ففيه أوّلا أنّ محلّ البحث هو الأعمّ من الغاصب و غيره كالجاهل بأنّه ملك الغير فيبيعه لنفسه كما فى مورد الإقاله بوضيعه و ثانيا أنّ المنع متوجّه إلى البيع للغاصب لا إلى البيع مطلقا لإمكان تحقّق الرضا من المالك

فى أصل البيع و ثالثا أنّ مجرّد الكراهه لاـ تؤثر شيئا و أمّا كون المنشأ غير المجاز فهذا متفرّع على عدم إمكان تحقّق قصد المعاوضه الحقيقيّه و إلّا فالمنشأ هو المجاز كما سيتّضح إن شاء اللّه فالعمده رفع هذا الإشكال و لكن الحقّ إمكان تحقّق قصد المعاوضه الحقيقيّه من الغاصب فضلا عن الجاهل المعتقد بأنّه ملكه

أمّا إجمالا فلما نرى خارجا من قصد المعاوضه حقيقه من الظّلمه و السّراق بل لا يفرّقان بين ملكهما الموروثى و الملك الّذى بيدهما من غيرهما و أمّا تفصيلا فلأن صدور المعامله من الغاصب مبنى على تجعّل منه فى المالكيّه بمعنى أنّه يغصب الإضافه الحاصله بين المالك و ملكه و يسرقها و كأنه يقطع حبل الملكيّه المتّصله بين المالك و ملكه و يوصله بنفسه فبعد سرقه الإضافه يرى السّارق نفسه ذا إضافه و ذا جده اعتباريّه فيبيع ما هو ملك له كسائر أمواله الّتى تحت سلطنته و بهذا الاعتبار يصدر المعاوضه منه حقيقه و يوقع التبديل بين ملكى المالكين

ثم لا يخفى أنّ هذه المقدّمه المطويّه أى رؤيه نفسه مالكا لا يضرّ بالمعامله و ليس من موانع العقد كمانعيّه الفصل بين الإيجاب و القبول و نحو ذلك فإنّ هذا البناء و التّشريع كالبناء فى العبادات الغير المضرّ بعباديّتها و توضيح ذلك أنّه لو قصد وصفا مخالفا لما هو وصف المأمور به كما لو قصد الوجوب فى مكان الاستحباب أو القضاء فى مكان الأداء أو عكس ذلك فتاره يكون جاهلاـ بالوصف الواقعى و أخرى عالما به و على التقديرين تاره يقيد قصده بهذا الوصف المخالف و أخرى لا يقيده به بل يقصد الأمر الواقعىّ و لكن يطبقه على الّذى يقصده جهلا أو تشريعا فإذا أناط قصده بهذا الوصف المخالف و قيده به بحيث لو لم تكن صلاه اللّيل مثلا واجبه عنده لم يصلّها فهذه الصّلاه باطله و أمّا لو قصد أمرها الواقعى و أخطأ فى التّطبيق كالجاهل أو بنى تشريعا على أنّها واجبه فهذا لا يوجب البطلان

ففى مقامنا لو قصد المعاوضه بين ملك نفسه و ملك غيره بأن باع مال الغير لنفسه من دون بنائه على ملكيّه المبيع أو اعتقاده فهذه المعاوضه فاسده لأنّه قصد تملّك الثّمن بلاـ تمليك المثمن من ماله و أخرى يقصد المعاوضه بين ملكى المالكين مع اعتقاده أو بنائه على أنّه مالك فهذا البناء و الاعتقاد يلغى و يصح العقد بالإجازه و المنشأ هو المجاز لأن الإجازه تعلّقت بالتبديل بين ملكى المالكين لا بالقصد المقارن أو الخطاء فى التّطبيق

ثم إنّه بعد سرقه الإضافه لا يحتاج حين صدور البيع إلى تنزيل نفسه منزله المالك حتى يقال لو سلمنا هذا التجعّل و البناء من الغاصب غالبا فلا نسلّمه دائما و لو كان الملاك ذلك لزم فى الحكم بصحّته بالإجازه إحراز هذا البناء إلى آخر كلام هذا القائل و ذلك لأنّ التّنزيل المصحّح لبيع الغاصب الّذى جعله المصنف قدّس سرّه ملاكا لو كان هو التنزيل حال العقد لكان لهذا الإيراد وقع و بعباره أخرى لو كان مالكيّه الغاصب من قبيل الدّاعى و كان غرض المصنف أنّ تخلّف الدّاعى لا يضرّ بحقيقه العقد لكان هذا الإيراد واردا لعدم إحراز هذا الداعى دائما مع أنّه يجب أن يختلف الحكم باختلاف نحوى الإنشاء لأنه قد يكون داعيه صدور المعامله منه بما أنّه هو المالك و قد يكون داعيه صدورها بما أنّ المالك هو المالك

و أمّا لو كان هو التّنزيل جاز السّرقه بمعنى جعل نفسه عدوانا هو المالك كما هو حال من كان شغله السّرقه و النهب و الغاره فإنّه يبنى على أن إضافه الملكيّه

و الجده الاعتباريّه منسوبه إليه باعه أو لم يبعه فإذا باع ما هو ملكه بعد سرقه الإضافه فلا يرد هذا الإيراد أصلا

و بالجمله فصدور المعاوضه الحقيقيّه مبنى على هذا الجعل و هو المصحّح لقصد البيعيّه فينشئ تبديل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى و تتعلّق الإجازه بعين ما أنشأه لأنه لم ينشئ إلّا أصل التبديل كما ينشئ ذلك نفس المالك لا أنّه ينشئ التبديل عن قبل نفسه فعلى هذا لا يرد أيضا الإشكال بأنّ المنشأ غير المجاز و المجاز غير منشأ

ثم إنّه لا فرق بين أن يكون الغاصب بائعا أو مشتريا كانت الصّيغه بعت و اشتريت أو كانت ملكت و تملّكت كان الإيجاب مقدّما على القبول أو مؤخّرا فلا وجه لإشكاله قدّس سرّه فيما لو كان الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير لأنّ كون إنشاء البائع متوجّها بالصّراحه أو الظهور إلى المشترى لا يقدح فى الصّحه بعد بناء المشترى على مالكيته للثمن ثمّ قبوله تبديل البائع بين المثمن و الثمن أو إنشائه التبديل بين الثمن و المبيع كما لو قدم القبول فإنّ فى جميع الصّور لا إشكال فيه لا من باب أن كاف الخطاب وضع للأعمّ من المالك الحقيقىّ و الجعلىّ كما قد يتوهّم فى الخطاب المتوجّه إلى الشّخص المردّد بين كونه وكيلا أو أصيلا بل لأنّ الغاصب بعد سرقته الإضافه يكون هو المالك و هو المخاطب بهذا الخطاب كما أنّ الموكل هو المخاطب فى معامله الوكيل بالبدن النّيابى فإذا أنشأ الملكيّه بين الشّيئين و تعلّق الإجازه بهذا الإنشاء صحّ من مالك الشّيئين

و بالجمله لو قصد العاقد إدخال الثمن فى ملك من لم يخرج عن ملكه المثمن و بالعكس فهذه المعامله باطله و لذا قلنا بالبطلان لو قيل اشتر بمالى لنفسك طعاما إذا لم يقصد من هذا القول تمليك الثمن قبل الشّراء و لا تمليك الطعام بعد الشراء و أمّا لو قصد التبديل بين العوضين كما هو المتعارف فتخيّله أو بناؤه بأنّ واحدا من الثمن و المثمن ملكه مع أنّه ليس كذلك لا يضرّ بالمعامله

و توهّم أنّه لو قال تملّكت الثوب بهذه الدّراهم فهو من قبيل القسم الأوّل فاسد فإنّه لم يقصد إدخال الثوب فى ملكه و إخراج الثمن عن ملك غيره حتّى يكون فاسدا بل بعد بنائه على أنّه مالك للثمن قصد إخراج الثّمن عن ملك من يدخل فى ملكه الثّوب فلا فرق بين أن يكون الغاصب بائعا أو مشتريا قدم القبول على الإيجاب أو أخّره كان القبول بلفظ تملكت أو اشتريت

[فيما أفاد المحقق القمى فى الإجازه]

قوله قدّس سرّه و أمّا القول بكون الإجازه عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم إلى آخره

لا يخفى أنّه بعد ما عرفت من أنّ المنشأ هو المجاز لأنّ المنشأ هو التبديل بين المالين و هو الرّكن فى باب العقود المعاوضيّه من دون دخل كون مالك المالين هو العاقدين أو غيرهما فلا إشكال حتّى يدفع بما أجاب به المحقّق القمىّ قدّس سرّه مع أنّه لا يسمن و لا يغنى فإنّه لو كان مفاد الإجازه تبديل العقد الواقع بين الغاصب و طرفه بالعقد الواقع بين المالك و الطّرف و كانت الإجازه كبيع التّوليه لتوقّف صحّته إلى قبول الطّرف و لا يعقل أن تكون الإجازه وحدها إيجابا و قبولا و لو قيل إنّ القبول المقدم من الطّرف ينضمّ إلى الإجازه الّتى هى إيجاب من المجيز كما حكى عن شيخ كاشف الرّموز ففيه أنّ هذا لا يمكن على تقرير

المحقّق القميّ من أنّ الإجازه تبديل عقد بعقد لا أنّها إنفاذ للعقد السّابق أو إعاده للإيجاب

و أمّا تنظير المقام بمسأله من باع شيئا ثم ملكه ففيه أنّه لا اشتراك بينهما فإنّ فى تلك المسأله الإجازه توافق ما قصده المتعاقدان فإنّ البائع قصد البيع

لنفسه فإذا صار مالكا و أجازه وقع لنفسه و مفروض كلام المحقّق القميّ أنّ فى مسألتنا الإجازه تخالف المنشأ و لو قيل إن فى تلك المسأله أيضا الإجازه تخالف المنشأ فنقول إنّ هذا منشأ القول بالبطلان فيها فالصواب فى الجواب هو ما تقدم من موافقه المجاز للمنشإ

قوله هذا مع أنّه ربما يلتزم صحّه أن يكون الإجازه لعقد الفضولى موجبه لصيروره العوض ملكا للفضولى إلى آخره

توضيح ذلك هو أنّ المصنف قدّس سرّه بعد ما أجاب عن المحقّق القميّ بمنع مغايره ما وقع لما أجيز اعترف بها فيما لو كان الغاصب مشتريا لأنّ ظاهر قوله تملّكت منك هذا الثوب بهذه الدّراهم إنشاء تملّكه للمبيع فإجازه هذا المنشأ تقتضى تملّك الفضولى للمثمن

ثم أجاب عنها أولا بأنّ قصد الغاصب التملّك لنفسه إنّما هو لبنائه على أنّه مالك الثمن فالإجازه تتعلّق بالمعامله الواقعه بين مالك الثمن و المثمن و أجاب عنها ثانيا بما نقله عن كاشف الغطاء و حاصله أن غايه ما يلزم من إشكال مغايره المجاز للمنشإ أن لا تكون الإجازه موجبه لصحّه العقد للمالك و أمّا بطلان المعامله رأسا فلا وجه له لأنّها يمكن أن تكون صحيحه بالإجازه على أن يصير المال للغاصب الفضولى و هذا على وجهين الأوّل أن تكون الإجازه متضمّنه للتّمليك الضّمنى كتضمّن الإذن فى الاشتراء للتّمليك فى قوله اشتر بمالى لنفسك طعاما فعلى هذا وقع العقد حقيقه فى ملك الغاصب الثّانى أن تكون الإجازه كالإذن فى الاشتراء المصحح لوقوع الطّعام فى ملك المأذون مع خروج عوضه عن ملك غيره و لا دليل على اشتراط خروج العوض عن ملك من يدخل فى ملكه المعوّض فإنّ البيع لا يقتضى إلّا عدم المجانيّه فإنّه مبادله بمال و أمّا كون أحد المالين لا بدّ أن يكون خارجا عن ملك من يدخل فى ملكه المال الآخر فلا دليل عليه

و لا يخفى ما فيهما أمّا فى الثّانى فقد عرفت أن العقود المملّكه تختلف أفرادها حقيقه و الهبه غير البيع و حقيقه البيع أن يتبدّل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى مع بقاء أصل الإضافه فخروج الثمن عن ملك زيد يقتضى دخول المثمن فى ملكه فإذا خرج المثمن من ملكه إلى ملك عمرو فلا معنى لدخول المثمن فى ملك بكر و إن هذا إلّا هبه من زيد لعمرو و هبه من عمرو لبكر و البيع و إن كان مبادله مال بمال إلّا أنّه مبادله بينهما فى طرفى الإضافتين فلا يعقل أن لا يدخل المعوض مكان العوض

و أمّا الأوّل ففيه أوّلا أنّ الحكم فى المقيس عليه ممنوع فإنّ الإذن لا يتضمّن التّمليك فإنّه ليس مشرعا و قياسه على مسأله أعتق عبدك عنّى و ألق مالك فى البحر و على ضمانه و نحو ذلك قياس مع الفارق و تقدم صحّه مسأله العتق و فساد اقتضاء الإذن التّمليك فى فروع المعاطاه مفصّلا و ثانيا على فرض اقتضاء الإذن التّمليك آنا ما من باب أنّ من أنحاء سلطنه المالك اقتضاءه له إلّا أنّ الإجازه لا تقتضى ذلك للزوم الخلف و المناقضه لأنّ اعتبار إجازه المالك و الاحتياج إليها إنّما هو لو تعلقت بنفس تبديل الملكين للمالك الواقعيّ منهما فاقتضاؤها تمليك الفضولى ممتنع إلّا إذا تعلّقت بالملكيه البنائيّه من الغاصب و هذان ممّا لا يجتمعان

و بعباره أخرى لبيع الغاصب اعتباران اعتبار أنّ المبيع ملكه و اعتبار إنشائه التّبديل بين الملكين لمالكهما الواقعى و بالاعتبار

الأوّل لا- موقع للإجازه لأنّ الشّخص لو باع مال نفسه فبيعه لا يتوقّف على إجازه غيره فما يتوقّف على الإجازه و يصحّ بها هو الاعتبار

الثانى و هو لا يقتضى تمليك الغاصب بل يضادّه لأنّه يقتضى وقوع البيع فى ملك المجيز لا العاقد و هذا الإشكال لا يرد فى الإذن السّابق بناء على تأثيره لأن بعد تحقّق الإذن يقع التبديل فى ملك المأذون

و بالجمله قياس الإجازه على الإذن إنّما يصحّ لو وقع تمليك فضولى من الغاصب لنفسه بأن وهب مال المالك لنفسه فضولا ثم باع الموهوب و تعلّق الإجازه بالهبه و أمّا لو لم يقع من الغاصب إلّا البيع بعد البناء على كونه مالكا عدوانا فإجازه البناء ليس أمرها بيد المالك حتى يصحّ بالإجازه و نفس الإجازه أيضا ليست مشرعه للملك ابتداء من دون أن يقع من الغاصب شى ء تتعلّق الإجازه به بل لو قلنا بأن إجازه البناء أيضا بيد المالك فهذه تقتضى فساد المعامله لا صحّتها لما تقدم أن وجه بطلان بيع الغاصب لنفسه هو قصده مالكيّه نفسه فإنّ هذا القصد يقتضى عدم إمكان قصد المعاوضه الحقيقيّه فتصحيح بيع الغاصب لنفسه لا يمكن إلّا أن يكون قصد البيع لنفسه من الدّواعى و كان المنشأ هو التبديل بين المالين الّذى هو القابل لأن يصحّ بإجازه مالك المال

و حاصل الكلام أن قياس الإجازه على الإذن لا وجه له فى المقام فإنّ الإذن إنّما يؤثر التّمليك الضّمنى بسبقه لا بما هو إذن حتى يقال كلّما يؤثر فيه الإذن يؤثر الإجازه فيه ثمّ لا يخفى عدم ورود إشكال التّناقض بين كلامى المصنف قدّس سرّه من قوله لأنّ الإذن فى البيع يحتمل أن يوجب الملكيّه آنا ما اقتضاء و قوله لأنّ الإذن فى التملّك لا يؤثّر التملّك فكيف إجازته و ذلك للفرق بينهما إذ يمكن أن يكون الإذن فى البيع بمنزله إيجاب التّمليك و وقوع البيع من المأذون بمنزله القبول عكس الاستدعاء و الإيجاب فى أعتق عبدك عنّى و هذا لا يمكن فى الإذن فى التملّك فإنّه ليس إلّا هو و لم يتحقّق من المأذون فعل آخر يكون أحد ركنى العقد

و على هذا فيظهر الفرق بين الإذن و الإجازه أيضا بنحو ما ذكر فإنّ الإجازه أيضا ليست إيجابا متأخّرا إذا فرض عدم وقوع هبه من الغاصب لنفسه فضولا من قبل المالك ثم إنّه كما لا يكون إجازه المالك متضمّنا لتمليك الغاصب فيما لو بنى الغاصب أنّ المغصوب لنفسه ثم أوقع التبديل بين المالين فكذلك لا تؤثر فى التّمليك لو لم يتحقّق منه هذا البناء بأن باع مال غيره لنفسه أو اشترى بثمن غيره طعاما لنفسه فإنّه مضافا إلى عدم تحقّق قصد المعاوضه الحقيقيّه لا تفيد الإجازه للتّمليك و لا تصحّح المعامله

قوله قدّس سرّه ثم إنّ ممّا ذكرنا من أن نسبه ملك العوض حقيقه إنّما هو إلى مالك المعوض لكنه بحسب بناء الطّرفين على مالكيّه الغاصب للعوض يظهر اندفاع إشكال آخر فى صحّه البيع لنفسه مختصّ بصوره علم المشترى إلى آخره

لا يخفى أنّ معامله الأصيل مع علمه بأنّ الطّرف غاصب مستلزم لإشكالين أحدهما نظير الإشكال المتقدم فى قصد الغاصب و هو أنّ الأصيل كيف يقصد المعاوضه الحقيقيّه مع علمه بأنّ الطرف غاصب و ثانيهما أنّه مع حكم الأصحاب بأنّ فى صوره ردّ المالك لا يجوز للأصيل استرداد الثّمن من الغاصب كيف تؤثر إجازه البيع من المالك مع أنّه بيع بلا ثمن لأنّ الثّمن الّذى دفعه الأصيل إلى الغاصب لو كان عوضا عن المبيع لكان اللازم أن يرد إلى الأصيل بردّ المالك المعامله الواقعه بينه و بين الغاصب فعدم وجوب رده كاشف عن عدم جعلهما الثّمن بإزاء المبيع

أمّا الإشكال الأوّل فقد ظهر جوابه و أمّا الثانى فوروده يتوقّف على أمور ثلاثه الأوّل ثبوت هذا الحكم من الأصحاب

و لم ينقل إلّا من بعضـهم فإنّ المسأله ذات أقوال ثلاثه قول بوجوب ردّ الثمن أو بـدله إلى الأصـيل لأنّه سـلمه إلى الغاصب وفاء للمعاوضه فإذا بطلت من جهه ردّ المالك فيرد عينه إلى الأصيل فى صوره بقائه و بدله فى صوره تلفه و قول بوجوب رده إليه إذا كان باقيا لا بدله إذا كان تالفا و قول بعدم وجوب ردّه مطلقا و هذا القول شاذ

و على أىّ حال لا يبتنى على أساس لأنّه لا يزيد تسـليط المالك للغاصب على الهبه المجانيه و الهبه عقد جائز للواهب ردّه إذا لم يتصرف المتّهب فى العين الموهوبه و لم يكن ذا رحم و الثانى كون تسليطه الغاصب على الثّمن محرزا على كلتا صورتى الإجازه و الردّ و أمّا لو قيـل بعـدم التّسـليط فى صوره الإجـازه فلا يكون البيع بلا ثمن و الثّالث كون الإجازه ناقله و أمّا على الكشف فلا يرد الإشـكال لأنّ تسـليط الأصـيل بالـدّفع إلى الغاصب تسـليط على مال غيره لأنّ الثمن بمجرّد المعامله يدخل فى ملك المالك فالإجازه لا تتعلّق بالبيع بلا ثمن

ثم إنّ مـا ذكره فى الرّيـاض من بطلاـن بيع الفضولى اسـتنادا إلى مـا فى التـذكره من نسبه القول بعـدم الخلاف فى البطلان إلى مـذهبنا ليس فى محلّه لأـنّ مـا ذكره فى التـذكره هو مـا إذا باع لنفسه على أن يشتريه من المالك و يسـلّمه إلى الأصـيل لا ما إذا أجاز المالك على أن يصير البيع له و الفساد فى الأوّل كما هو ظاهر قوله ص لا تبع ما ليس عندك لا يلازم الفساد فى الثانى

[بقى هنا أمران]

[الأوّل أنّه لا فرق على القول بصحّه بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو فى ذمّه الغير]

قوله قدّس سرّه بقى هنا أمران الأوّل أنّه لا فرق على القول بصحّه بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو فى ذمّه الغير إلى آخره

لا يخفى أنّ لبيع ما فى الـذمّه صورتين الأولى أن يتعلّق العقـد الصّادر من الفضولى على الثّمن أو المثمن الّـذى يكون فى الـذمّه فعلاـ كـأن يشترى عينـا من زيـد بـدين كـان لعمرو فى ذمّه بكر أو فى ذمّه نفسه أو يبيع الحنطه الّتى فى ذمّه زيـد لعمرو بـدراهم موجوده من بكر الثّـانيه أن يجعـل الثّمن أو المثمن دينا فى ذمه غيره كما إذا اشترى عينا و جعل ثمنها فى ذمّه زيـد أو باع منّا من الحنطه سلما فى عهده زيد بدراهم لبكر و حكم الصّورتين حكم ما لو باع العين الخارجيّه بدراهم خارجيّه فى أنّه لو أجاز مالك الكلّى أو من جعل الكلى فى ذمّته بيع الفضولى يقع للمجيز لعدم الفرق بين العين الشخصيّه و الكليّه

ثم إنّك قد عرفت سابقا أنّ الكلى لا يعدّ مالا إلّا إذا أضـيف إلى ذمّه شخص و الإضافه تتحقّق بأحد من الأمور الأربعه الأوّل بأن يقول بعت عشـره أمنان من الحنطه لزيـد الثانى بأن يقصـد كونها من زيـد الثّالث بأن يضـيف إلى ذمّه زيد الرابع بأن يقصد بيعها عن ذمّه زيـد فإضـافه البيع إلى الغير أو قصـد البيع له يوجب صـرف الكلّى إلى ذمّه ذلك كما أنّ تعيين ذمّته لفظا أو قصـد ذمّته يوجب وقوع البيع له و لو لم يقل بأنّه بعت الكلى فى ذمّه زيـد لزيد فعلى هذا لو أضاف الكلّى إلى ذمّه الغير أو قصد هذا المعنى ثم قصـد البيع لنفسه أو تلفّظ به كـذلك يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى أو اشتريت هذا لنفسـى بدرهم فى ذمّه فلان يقع التّنافى كما أنّه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلى ذمه نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلى

ذمّه غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا

و هـذا لا إشـكال فيه إنّما الإشـكال فى أنّه هل يصحّ المعامله مطلقا بإلغاء أحد القيدين أو تبطل مطلقا أو يفصل بين الشـراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان مع احتمال الصّحه بإلغاء

أحـد القيـدين و بين الشّراء للنّفس بمال الغير فيقال بالصّحه بإلغاء أحـد القيدين من دون احتمال البطلان لأنّه من قبيل بيع العين الشخصيّه الّتى هى من الغير للنّفس غايه الفرق بينهما أنّه أتى هنا بالمنافى فيحتمل إلغاء كون المبيع لنفسه و وقوعه لفلان بإجازته و يحتمل إلغاء قوله فى ذمّه فلان و وقوعه لنفسه

ثم إنّ دوران الأمر بين إلغاء أحـد القيـدين إنّما هو فيما لو أقرّ من له العقـد بأنّ الفضولى قصده ثم أجاز أو أجاز ما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه و أمّا لو ردّ المعامله رأسا فهل يقع العقـد للفضولى ظاهرا أو يقع له واقعا وجهان و هـذا النّزاع يجرى فى الوكيل المفوّض كالعامل فى باب المضاربه و حاصل النّزاع أن كلّ مقام ادّعى العاقد وقوع العقد لغيره كما لو ادّعى الوكيل قصد الموكل أو إضافه اللّفظ إليه أو ادّعى الفضولى قصد غيره و أنكر الموكل و من وقع العقد له فقيل بأنّه يقع العقد للوكيل أو الفضولى ظاهرا و قيل بأنّه يقع لهما واقعا

ثم إنّ محلّ البحث إنّما هو لو صدق الأصيل الّذى هو طرف الوكيل أو الفضولى الموكل و من له العقد و أمّا لو صدق الفضولى أو الوكيل فى أنّه قصد غيره فلا وجه لوقوعه للوكيل أو الفضولى لا ظاهرا و لا واقعا فهنا مسألتان الأولى فى حكم ما لو جمع بين المتنافيين و أجاز من قصد أو أضيف اللّفظ إليه و الحقّ فى المثالين هو الصّحه و وقوع العقد لنفس العاقد و لا أثر لإجازه الغير

و توضيح ذلك يحتاج إلى بيان أمرين الأوّل أنّ العقـد الصّادر من شخص يقتضى فى طبعه وقوعه لنفس العاقد أى هو ملتزم بالمنشإ فلو أوقع العقد على الكلى يقتضى أن يكون الكلّى فى ذمّته بحيث لو أراد وقوعه للغير و تعلّق الكلّى فى ذمّه الغير فلا بدّ من صرفه من نفسه إلى الغير و بعباره أخرى ليس واقع الحال مردّدا بين وقوعه لنفسه و وقوعه لغيره لأنّ وقوعه للغير ليس فى عرض وقوعه للنّفس بل وقوعه للغير مترتب على عدم وقوعه للنّفس فإطلاق العقد يقتضى أن يكون الملزم به هو نفس العاقد الثّانى أن كلّ قيد وقع بعد تماميّه أركان العقد بحيث لم يكن منافيا لمقتضاه و كان منافيا لبعض الخصوصيات الخارجه عن حقيقته فيقع لغوا و لا يضرّ بصحّه العقد

إذا عرفت ذلك فسواء قال اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّه زيد أم قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى يقع الشراء فى الصورتين لنفسه و يقع قيد فى ذمّه فلان أو لفلان لغوا لأنّ وقوع الشراء لفلان إمّا بإضافه الذمّه إليه أو لقوله لفلان إنّما يصحّ لو لم يعقّبه بما ينافيه أو لم يقدم عليه ما ينافيه فإذا جمع بين المتنافيين لا يؤثر ما يوجب الصّرف لتعارض القيدين فيتساقطان فيؤثر إطلاق العقد أثره

و تقدم أحد القيدين لا يوجب تقديم مقتضاه إذا ابتلى بالقيد الآخر الّذى ينافيه و التّقييد بالمتنافيين أيضا لا يوجب بطلان العقد من أصله بعد تحقّقه بجميع أركانه و عدم كونه من قبيل بعتك بلا ثمن و ذلك لأنّ العاقد ليس ركنا فى المعاوضات و ليس البيع كالنّكاح

هذا مع أنّه لا فرق بين قوله اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى و قوله اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّه فلان فاحتمال المصنف قدّس سرّه البطلان فى الأوّل و عدمه فى الثانى لا وجه له لأنّه يمكن تصحيح الصوره الأولى بأخذ كلا القيدين من دون

تناف بينهما و هذا على وجهين الأوّل أن يكون قوله بدرهم فى ذمّتى متضمّنا للهبه كما يقال ذلك فيما لو قال اشتر بمالى لنفسك طعاما الثّانى أن يكون راجعا إلى الضّمان فيكون معنى

كلامه أنّه اشتريت لفلان بدرهم فى ذمته و لكنى تعهّدت الدّرهم و ضمنت و اشتغال ذمّه فلان و إن لم يتحقق فعلا- إلّا أنّ الضّمان حيث وقع مترتّبا على سبب الاشتغال فلا محذور فيه و لذا يصحّ قوله وكلتك فى الطّلاق ثلاثا مع أنّ الطّلاق الثانى لا يصحّ إلّا بعد الرّجوع و هكذا لو قال أنت وكيل فى تزويج فلانه و طلاقها و شراء رق و عتقه و هكذا

و بالجمله بعد إمكان تصحيح المعامله و رفع التنافى لا وجه للحكم بالبطلان المسأله الثّانيه فى وقوع العقد للعاقد واقعا لو ردّ الموكل أو من ادّعى وقوع العقد له ظاهر كلمات جمله من الأساطين ذلك و يمكن تطبيقه على القواعد أمّا ظهور كلماتهم فى ذلك ففى الشّرائع فى باب المضاربه فيما لو اشترى الوكيل من ينعتق على الموكل تصريح بذلك و قال فى التّذكره فى مقامنا هذا و إن كان فى الذمّه لغيره و أطلق اللّفظ قال علماؤنا يقف على الإجازه فإن أجاز صحّ و لزمه الثّمن و إن ردّ نفذ عن المباشر انتهى

و مقصوده أنّه لو اشترى فى ذمّه نفسه لغيره من دون إضافته فى اللّفظ إلى الغير مع كون غرضه وقوعه للغير كان من المثال المتقدّم أو مقصوده أنّه اشترى و قصد كون الثّمن فى ذمّه الغير من دون إضافه الذمّه إلى الغير فى اللّفظ و على أى حال فمراده أنّه لو ردّ الغير يقع عن المباشر واقعا فيما لم يضفه إلى الغير فى اللّفظ و أمّا تطبيقه على القواعد فلأنّه لا- إشكال فيه إلّا ما استشكل عليه المصنف قدّس سرّه على سبيل التّرديد و لنا اختيار كلا شقّى التّرديد أمّا قوله إن جعل المال فى ذمّته بالأصاله مع اشترائه للغير فيجب الحكم إمّا بالبطلان لو عمل بالنّيّه و إمّا بوقوعه لنفس المباشر لو ألغى النّيّه و على أىّ حال لا معنى لوقوعه للغير لو أجاز ففيه أنّه لا- مانع من ذلك و يكون نظير بيع التّوليه غايه الأمر أنّه يتوقّف على إحراز أن قصده للغير من قبيل جعل التّوليه له و إجازه الغير من قبيل القبول

و أمّا قوله و إن جعل المال فى ذمّته من حيث النّيابه فيجب أن يقع العقد فاسدا فى صوره ردّ المنوب عنه لا وقوعه عن المباشر ففيه أنّ جعل المال فى ذمّته نظير الضّمان عن الغير بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضّمان من ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضّامن فيكون كلّ منهما ضامنا بنحو الطّوليّه ففى المقام يكون المباشر هو المتعهّد للمال و هو الملزم به أولا و لكن إذا أجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر إليه و إذا ردّ يبقى فى ذمّته

و كما أنّ فى المضاربه لو لم يضف الوكيل وقوع البيع فى اللّفظ إلى الموكل بل قصده له و لكنّه فى اللّفظ قال اشتريت يقع له لو أنكر الموكل فكذلك فى الفضولى فقصد الفضولى وقوع العقد للغير مع إضافه الشّراء إلى ذمّه نفسه من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير لا يوجب عدم وقوع العقد له لو ردّ من وقع العقد له و هذا مبنى على ما تقدم من أنّ المعامله ليست فى الواقع مردّده بين المباشر و المنوىّ بل متعلّقه بنفس المباشر و لكن إذا أجاز المنوىّ ينصرف عن المباشر إليه لبناء المباشر على أن يكون ثمن العين فى ذمّته و أن يأخذه ممّن قصد إجازته فيتعلّق الثّمن بذمّه المجيز طولا و مترتّبا على ذمّه المباشر و لذا لو ردّ يتعيّن فى ذمّه المباشر

و بهذا الملاك حكموا فى المضاربه الفاسده أنّه لو اشترى العامل فى الذمّه و كان قصده أداء ما فى الذمّه بعين مال المالك بأنّ الرّبح للمالك إذا أدّى ما فى الذمّه بعين ماله و للعامل أجره المثل فإن وقوع الرّبح للمالك ليس إلّا من باب أنّ العامل التزم بأداء

الثّمن

من مـال المالـك مع أنّه اشترى فى ذمّه نفسه و هكـذا فى التجـاره فى مال اليتيم فإنّ كون الرّبـح لليتيم مع أنّ المتّجر قـد يشترى بعين مـال اليتيم و قـد يشترى فى الـذمّه و يقصـد أداء مـا فى الـذمّه من مـال اليتيم لا يتمّ إلّا بأن يكون قصـد الأداء من مال اليتيم موجبا لتعلّق حقّ طولى لليتيم فى المعامله

و بهـذا الملاک حکموا فی باب الوکاله بأنّه لو باع الوکیل و ظهر العیب فی المبیع و لم یسـند المعامله فی اللّفظ إلی الموکل بأنّ الوکیل هو الملزم بأداء تفاوت الصّحیح و المعیب و هذا لیس إلّا من باب أنّ الملزم بالمعامله هو نفس المنشئ و لذا قد یفرق بین علم الطّرف بالوکاله و عدمه بل قد یقال إنّ مع العلم أیضا لو لم یسـند المعامله إلی الموکل یکون نفس الوکیل هو الملتزم بعدم العیب فیستکشف من هذه الأبواب أنّ المعامله لیست مردّده فی الواقع بین المباشر و المنوی بل تقع للمباشر و لکنّه لما قصد أداء الثّمن من مال غیره فلو أجاز الغیر تقع له و أمّا لو ردّ فلا وجه للانصراف فتقع من نفس المنشئ واقعا

و بـالجمله إذا أسـند المعـامله إلی الغیر لفظا فلیس هو ملزما بها بل تقع للغیر إذا أجاز و تبطل إذا ردّ و أمّا لو قصـد الغیر من دون إشـاره فی اللّفـظ إلیه فلو ردّ الغیر تقع للعاقـد و لو أجاز تقع لنفسه أمّا وقوعها للعاقـد إذا ردّها فلأمور مسـلمه فی باب المعاملات أوّلهـا أنّ الأـمور البنـائیه و الأـغراض المنویّه لاـ أثر لهـا مـا لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من القول أو الفعل و ثانیها أنّ الالتزامات العقـدیه یملکهـا کـلّ من المتعاقـدین علی الآـخر إلّـا أن یجعـل ملک کلا الالتزامین لواحـد منهما إمّا بجعل شـرعیّ کالخیارات الشّرعیّه أو بجعل من المتعاقدین فیما لهما حقّ الجعل لا فی النّکاح و أمثاله و ثالثها عدم اعتبار تعیین المالکین فی المعاوضات

و مقتضـی هـذه الأمور أن یکون نفس العاقـد هو الملزم بالالتزامات الصّـریحه و الضـمنیّه و أنّ طرفه یملک هـذه الالتزامات علیه کمـا أنّه یملـک التزامـات طرفه فلاـ وجه لبطلاـن المعـامله لو ردّ من قصـده العاقـد و أمّـا وقوعها له لو أجاز أو أقرّ بالوکاله فلأنّ القصـد و إن لم یؤثر فی صـرف الالتزامـات إلی الغیر إلّا أنّه لا ینفکّ عن أثره التّکوینی فیجعل المعامله کالماده الهیولائیّه القابله لصـرفها إلی الغیر بإجـازته أو إقراره فیکون القصـد کجعـل التولیه للغیر و یکون الإجازه أو الإقرار بمنزله قبول التّولیه فالقول بأنّ المعامله تقع لنفس المباشر واقعا إذا ردّ من قصدت له منطبق علی القواعد و قیاسها علی ما إذا أسندها إلی الغیر لفظا مع الفارق

[الثّانی الظّاهر أنّه لا فرق فیما ذکرنا من أقسام بیع الفضولی بین العقدیّ و المعاطاه]

قوله قدّس سرّه الثّانی الظّاهر أنّه لا فرق فیما ذکرنا من أقسام بیع الفضولی بین العقدیّ و المعاطاه إلی آخره

لاـ یخفی أنّ الکلاـم فی جریان الفضولی فی المعاطاه یتوقف علی أن یکون التّعاطی محقّقا للبیع و آله للتّملیک و التملک لا أن یکون السّبب المستقل لهما هو تراضی المالکین و إلّا یکون الفضولی دائما واسطه فی الإیصال فیکون کالصبی و الحیوان

و لکنّا قـد بیّنا فی المعاطاه أنّ التراضـی لیس معامله فإذا کان تحقّق المعامله بالفعل فهل تجری الفضولی فی المعاطاه مطلقا أو لا تجری مطلقـا أو فرق بین القول بالإبـاحه فلاـ تجری و القول بالملک فتجری أو فرق بین کون الفضولی علی خلاف القاعـده فلا تجری مطلقا و کونه علی طبقها فتجری کذلک وجوه و الأقوی عدم جریان الفضولی

فيها لا للوجوه المذكوره فی المتن و غيره من أنّ الفعل الّذی يحصل به التّمليک محرّم من الفضولی فلا يوجد المنشأ به و من أنّ المعاطاه منوطه بالتّراضی مع قصد التّمليک أو الإباحه و كلاهما من وظائف المالک و من أنّ حصول التّمليک بالفعل على خلاف القاعده و إنّما ثبت بالسّيره فيختصّ حصوله به بما قامت السّيره عليه و هو التّمليک الحاصل بفعل المالک فإنّ هذه الوجوه فاسده

أمّا كون الفعل محرّما ففيه أنّه قد لا يتوقف المعاطاه على الإقباض كما لو اشترى الفضولی لغيره فی الذمّه بناء على كفايه العطاء من طرف واحد و قد لا يكون الإقباض محرّما كما لو علم برضا المالک بناء على ما هو الأقوى من عدم خروج المعامله المقرونه بالرّضا الباطنی من المالک عن الفضوليّه مع أنّ الحرمه الموجبه للفساد من قبل الفضولی لا ينافی الصّحه للمالک و إن كانت راجعه إلى المسبّب لا السّبب كما هو كذلک فی المقام و تقدم توضيحه فی أدلّه المبطلين للفضولی

و أمّا كون قصد الإباحه أو التّمليک مع الرّضا الباطنی من وظائف المالک ففيه أنّ قصد الإباحه أو التّمليک يتمشّى من الفضولی أيضا لا سيّما إذا كان غاصبا فإنّه بعد سرقته الإضافه يرى نفسه مالكا و لذا لا إشكال فی الإنشاء القولی من الفضولی مع أنّه يتوقّف على القصد و أمّا الرّضا فالمفروض تحقّقه من المالک بإجازته

و أمّا كون المعاطاه على خلاف القاعده ففيه أنّه لو فرض أنّ الفعل بعنوانه الثّانوی مصداق للبيع فلا فرق بين الفعل الصّادر من المالک و الفعل الصادر من الفضولی و أمّا كون الفضولی على خلاف القاعده ففيه ما عرفت فهذه الوجوه المذكوره ليست علّه لعدم جريان الفضولی فيها إلّا الوجه الثّانی بتقريب آخر

بيان ذلک أمّا على الإباحه فلأنّ مجرّد قصدها و إن كان بلا مئونه إلّا أنّ الإباحه المؤثّره هی التّسليط المالكی لا تسليط غيره و إجازه المالک تسليط الغير هی بنفسها مؤثّره لا لكونها إجازه لإباحه الغير لأنّ العقود الإذنيّه و الأمور المتقوّمه برضا المالک لا تتوقّف على سبب خاصّ فإجازه الإباحه هی بنفسها إباحه و محلّ النّزاع فی الفضولی هو ما كانت الإجازه قابله للنزاع فی الكشف و النّقل فيها

و أمّا بناء على الملک فلأنّ الفعل الواقع من الفضولی لا يعنون إلّا بعنوان الإعطاء و التّبديل المكانی و أمّا تبديل طرف الإضافه فمصداقه إمّا إيجاد المادّه بالهيئه و إمّا فعل المالک فإنّه حيث يقع فی مقام البيع أو الشّراء يعنون بالعنوان الثّانوی بتبديل طرف الإضافه و الفرق بينه و بين القول هو أنه يمكن انفكاک حاصل المصدر من المصدر فی الإنشاء القولی فإذا أجاز المالک و أسنده إلى نفسه وقع له و أما الفعل فاسم المصدر منه لا ينفکّ عن مصدره بمعنى أنّه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا ينفک عنه و بإجازه المالک لا ينقلب الفعل عمّا وقع عليه و نفس الإجازه أيضا ليست مصداقا للتّمليک حتى تكون كإجازه الإباحه و لو كانت كذلک لكانت هی المملكه لا إعطاء الفضولی

و بالجمله يصحّ أن يقال إنّ التبديل بالفعل و الإباحه من وظائف المالک و لا أثر لفعل الغير و إباحته فإنّ فعله الخارجی غير قابل للاستناد إلى غير فاعله بالإجازه و ليس حكم الإجازه حكم التوكيل كما لا يخفى

[القول فی الإجازه و الردّ]

[القول فی الإجازه و حکمها]

اشاره

قوله قدّس سرّه القول فی الإجازه و الردّ إلی آخره

نسب إلی المشهور أنّ الإجازه کاشفه عن تمامیّه السّبب و هو العقد و اختلفوا

فی جهه كشفها على أنحاء فمنها ما عن المحقّق الرّشتى من أنّ الإجازه كاشفه عن الرّضا التقديرى بمعنى أنّها تكشف عن رضا المالك لو التفت إلى العقد و الرّضا المعتبر فى العقد هو الأعمّ من الحقيقىّ الفعلىّ و التقديرى و فيه منع الصغرى و الكبرى أمّا الصّغرى فلأنّه قد لا يكون المالك راضيا حين العقد لو التفت إليه لكونه ذا مفسده عنده فى ذاك الزّمان مع كونه راضيا حين الإجازه لانقلابها إلى المصلحه مع أنّ لازمه جواز التصرّف قبل الإجازه إن علم برضاه لو التفت إليه و أمّا الكبرى فلأنّه لم يقم دليل على كفايه الرّضا التقديرى و منها ما عن الفصول و أخيه المحقّق من أنّ وصف التعقّب بالإجازه شرط فى تأثير العقد و هو حاصل حين العقد فإنّه ينتزع عنوان التعقّب و المسبوقيه عن نفس العقد فالعقد الموصوف بهذا الوصف هو المؤثّر التامّ لا الإجازه بوجودها الخارجى

و فيه أنّ أخذ عنوان التعقّب أو ضدّه إنّما يصحّ فى مثل أجزاء الصّلاه و نحوها من الأمور التدريجيّه الارتباطيّه لمساعده العرف و الاعتبار عليها بل لا يمكن أن يكون الرّكوع مثلا بوجوده الخارجىّ شرطا لصحّه القراءه إلّا أنّ فى مثل الإجازه لا يساعد العرف و الاعتبار على دخل العنوان الانتزاعى بل ظاهر الأدلّه شرطيّه نفس الرّضا بوجوده الخارجى و منها ما عن المحقّق و الشّهيد الثّانيين من أنّ العقد سبب تامّ فى الملك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تماميّته فى الفضولى يعلم بالإجازه فإذا أجاز المالك تبيّن كونه سببا تاما و إلّا يلزم أن لا يكون الوفاء بالعقد فقط بل به مع شى ء آخر

و فيه أنّ هذا الكلام فى بادى النّظر خلف يرد عليه ما أورد عليه المصنف قدّس سرّه بما حاصله أنّه لو كان العقد بنفسه سببا تامّا فلا مدخليّه للإجازه فيه و يلزم أن يكون اعتبار الرّضا بلا موجب و لو لم يكن بنفسه سببا بل هو مع الرّضا فبالإجازه لا يعلم تمام السّبب من قبل بل بها يتم السّبب

و لكنّه يمكن توجيه كلامهما بأنّه فرق بين الإجازه و سائر ما يعتبر فى العقد كالقبض فى الوقف و الصرف و السّلم فإن مثل القبض لا يتصوّر نزاع الكشف و النقل فيه بل هو جزء المؤثر و النّقل لا يتمّ إلّا به و أمّا الإجازه فهى ليست جزء المؤثر بل المؤثر هو نفس العقد و لذا لو أنشأه المالك فالمؤثر للنقل هو ذات عقده لا بما أنّه صادر منه بحيث يكون صدوره منه جزء عقده فعقد الفضولى بنفسه أيضا تمام السّبب و اعتبار الإجازه فيه إنّما هو لتصحيح الاستناد إلى المالك لا لمدخليّتها فى التّأثير

و بالجمله حيث لا يكون عقد الفضولىّ عقدا للمالك إلّا بالإجازه فمنها يعلم بأنّه عقد تام منسوب إليه و بهذا البيان يتمّ قولهما فإذا أجاز تبيّن كونه تاما يوجب ترتّب الملك عليه هذا و لكنّه مع ذلك يرد عليه أنّ ذات العقد إنّما يكون مؤثرا إذا كان مقارنا لرضا المالك أو ملحوقا به و إلّا يكون عقد المكره تامّا و إن لم يلحقه الرّضا فإذا كان الرّضا دخيلا و لو من جهه استناد اسم المصدر إلى المالك فكيف يتحقّق النقل بلا رضا منه و منها ما استدلّ له الثّانيان قدّس سرّهما أيضا و هو أنّ الإجازه متعلّقه بالعقد فهى رضا بمضمونه و ليس إلّا نقل العوضين من حينه أى الإجازه إنفاذ للعقد السّابق و العقد السّابق تمّ حين صدوره من العاقدين من دون دخل نفس هذا الإنفاذ فى النّقل نظير ما إذا أنفذ حاكم حكم مجتهد آخر

و فيه أوّلا أنّ مضمون العقد ليس

هو النّقل من حينه بل أصل النّقل كما أنّ الإيجاب ليس الإيجاد من حينه بل أصل الإيجاد و لذا يتحقّق النّقل بعد القبول مع أنّه رضا بالإيجاب و ثانيا سلّمنا كون مضمون العقد هو النّقل من حينه و لكن لا بمعنى أنّ وقوعه فى الحين جزء لمدلوله حتى يقال ليس معنى بعت أوجدت البيع فى الحال بل بمعنى أن وقوع الإنشاء فى الحال يقتضى تحقق منشئه حالا و لا يمكن أن يتأخّر المنشأ عن الإنشاء و لو كان المنشأ منفعه الدّار فى السّنه الآتيه فإنّ المتأخّر هو المملوك لا الملكيّه و لكنّه مع ذلك لا يقتضى تحقّق السّبب التامّ حال العقد فإنّ الإجازه و إن كانت إنفاذا لما تقدم إلّا أنّه من المعلوم أنّ مع اعتبارها شرعا فى تأثير ما تقدم فقبل تحقّقها لا يمكن تحقّق ما تقدم عليها بصفه التّأثير فإنّ تحقّق المنشأ حال الإنشاء حيث إنه من موجداته أو فعله التوليدى لا يتخلّف عن إنشائه كعدم تخلّف الانكسار عن الكسر و كلّ اسم مصدر عن المصدر إلّا أنّه من حيث تحقّقه فى عالم الاعتبار بحيث يرتّب عليه الآثار شرعا أو عرفا يمكن تخلّفه عن إنشائه إذا كان لتحقّقه شرط آخر كالقبض أو الإجازه

نعم يمكن أن يقال بالفرق بين القبض و الإجازه و هو أنّ القبض جزء المؤثر و لكن الإجازه صوره للمادّه المتحقّقه و إنفاذ من المالك لما سبق كإنفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر فما يمكن ترتيبه من السّابق بإنفاذ المالك يجب ترتيبه فعلى هذا تكون واسطه بين الكشف الحقيقى و النّقل و هذه عباره عن الكشف الحكمى فيكون الكشف الحكمى مطابقا للقاعده

و توضيح ذلك أنّه بعد ما ظهر أنّ الإجازه إنفاذ لما سبق فمن جهه أنّ السّبب التام للنّقل لا يتحقّق بدونها فإنّ إنشاء الفضولى ليس سببا للنّقل فى عالم الاعتبار فالإجازه ناقله و من حيث إنّها إنفاذ لما تحقّق فيجب من حين الإجازه ترتيب الآثار الّتى لها اعتبار وجود حين الإجازه من حين العقد فهى كاشفه

فعلى هذا يقع التّفكيك بين الملك و آثاره من النّماء و المنافع لأنّ الملكيّه لا يمكن تحقّقها من قبل بعد دخل الإجازه فى تحقّقها و ليس للملكيّه السّابقه اعتبار وجود فى الحال و هذا بخلاف المنافع فإنّه يمكن تحقّق ملك المنفعه من قبل لأنّ لها اعتبار وجود فى الحال باعتبار تعلّق الضمان بها فلو أجاز المالك استيفاء المنافع المستوفى المنفعه تسقط أجرتها و ضمانها و لذا يصحّ الصّلح على المنافع السّابقه و لا يصحّ على الملك السّابق

و السّر فيه أنّ المنافع باعتبار وجودها فى الحال بوجود أجرتها يصحّ تعلّق الإجازه بها الّتى مرجعها إلى إسقاط الضّمان فبالنّقل فى الحال يصحّ تحقّقها من قبل كما يصحّ تحقّقها بعد ذلك بالنقل فى الحال كما فى إجاره الدار المتعلّقه بالسّنه الآتيه

و بعباره واضحه كما يمكن اعتبار التأخّر فى المملوك مع عدم إمكان تأخر الملك كذا يمكن اعتبار التقدم فيه مع عدم إمكانه فى الملك فإذا تحقّقت الإجازه فالنّقل و إن حصل حينها إلّا أنّ المنقول باعتبار آثاره يتحقّق من قبل و هذا هو معنى الكشف الحكمى فإنّ النّقل من حين الإجازه إذا تعلّق بالمنقول السّابق فنتيجته الكشف حكما أى النّقل الحقيقىّ مع ترتيب الآثار السّابقه الّتى أمكن ترتيبها على العقد بوصف السّبق و منها ما عن فخر الدّين فى الإيضاح من أنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود لأنّ العقد حالها عدم

و حاصل

برهانه أنّه لو قلنا بالنّقل فلازمه أن لا يتحقّق المنشأ بإنشاء المنشئ بل يتحقّق حال الإجازه و فى هذا الحال الإنشاء معدوم فلازمه أن يؤثر المعدوم فى الموجود و على هذا التقريب لا يرد عليه النقض بالأمور المتصرّمه و الأجزاء المتدرّجه فى الوجود فإنّه لا ينكر إمكان ترتب المعلول على علّه ذى أجزاء متصرّمه و المترتب على الأمور التّدريجى بل ينكر تخلّف اسم المصدر عن المصدر

فالحقّ فى الجواب عنه هو ما تقدم أنّ المنشأ بنظر المنشئ لا يتخلّف عن إنشائه و إنّما المتخلّف هو المنشأ فى عالم الاعتبار العقلائى أو الشّرعى و هو إذا كان متوقّفا على رضا المالك لا يتحقّق بمجرّد إنشاء الفضولى و منها أنّه يمكن تحقّق الملك حين العقد مع كونه مشروطا بالشرط المتأخّر و هو الإجازه الّتى شرط بوجودها الخارجى فإنّها من قبيل سائر الشّروط المتأخّره الوارده فى الشّريعه فإذا تحقّقت فى موطنها انكشف بها تحقق المشروط من قبل و إذا تحقّق كذلك يترتّب عليه جميع آثاره من حين تحقّقه

و فيه ما لا يخفى فإنّ الشّرط المتأخّر غير معقول كما أوضحنا ذلك فى الأصول و ملخّصه أنّه لا يعقل تحقّق المعلول بدون أجزاء علّته فإن حكم العلل التّشريعيّه حكم العلل التكوينيّه سواء قلنا بجعل السببيّه كما عن المحقّق الداماد من قوله بأنّ السببيّه لا يمكن انتزاعها عن الحكم التّكليفى فإنّ الحكم التكليفيّ و الوضعيّ مختلفان محمولا و موضوعا و على تعبيره قدّس سرّه حاشيتى العقد مختلفان أم قلنا بجعل الأحكام عند تحقّق أسبابها

أمّا على الأوّل فلأنّها من أفراد العلّه التكوينيّه فكما لا يمكن تحقّق الضّوء بلا علّته فكذلك لا يمكن تحقّق الملك بلا إجازه المالك لأنّ الشّارع أنشأ السببيّه للإيجاب و القبول و الرّضا فبدون تحقّق جميع أجزاء السّبب لا يعقل تحقّق المسبّب و ما يقال من أنّ الأسباب الشّرعيّه معرفات لا علل لا يستقيم فى المقام لأنها علّه كالعلّه التّكوينيّه بل هى هى بناء على قابليّه تعلّق الجعل بالسببيّه نعم هذا التّعبير يصحّ فى علل التّشريع

و أمّا على الثّانى فلأنّ ملاك الامتناع فى التّشريعيّات نظير ملاكه فى التّكوينيّات لا عينه و ذلك لأنّه لو أنشأ الحكم على نحو القضيّه الحقيقيّه على الموضوعات المقدّر وجودها بحيث انحلّ هذا الحكم إلى أحكام متعدّده بحسب تعدّد موضوعه كحكمه بوجوب الحجّ على المستطيع فكيف يعقل تحقّق الحكم و فعليّته قبل الاستطاعه و هل هذا إلّا الخلف و المناقضه فكون الإجازه بوجودها العينى شرطا لتحقّق الملكيّه و مع ذلك يحصل الملك بالإيجاب و القبول دون الإجازه موجب لتحقّق الحكم بلا موضوعه نظير تحقّق المعلول التكوينى بلا علّته فعلى هذا كلّ ما ورد فى الشريعه من هذا القبيل ظاهرا فلا بدّ من حمله بدليل الاقتضاء على أنّ الشرط هو الوصف الانتزاعى كالتعقّب

و لا يبعد أن يكون نظر صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى ما ذكرناه فإنّ قوله إن الشّروط الشرعيّه ليست كالعقليّه ليس ناظرا إلى أنّ الشّرط فى الشّرع مع كونه شرطا بوجوده الخارجى يمكن جعله متأخّرا عن المشروط بل غرضه أنّ الأمور الاعتباريّه وجودها على كيفيّه جعلها فيمكن أن يكون لحوق الإجازه شرطا لا الإجازه العينيّه

كما أنّ ما نسب إلى المصنف قدّس سرّه من أنّ الشّرط ليس متأخّرا بل المتأخّر شرط يرجع إلى وصف

اللّحوق و التعقّب و إلّا لا فرق بين كون الشّرط متأخّرا و كون المتأخر شرطا و بالجمله لا يمكن مع دخل أمر فى تحقّق شى ء تحقّقه بدون ذاك الأمر لا فى التكوينيات و لا فى التشريعيّات و ليس ملاک الإشكال إلّا تحقّق المعلول قبل تحقّق علته بناء على جعل السببيّه أو فعليّه الحكم قبل وجود موضوعه بناء على جعل الحكم عند تحقّق موضوعه الّذى يعبّر عنه بالشّرط أو تحقّق الامتثال قبل تحقّق ماله ربط فيه كتحقّق امتثال الصوم قبل تحقّق الغسل فى اللّيل مع اعتباره فى امتثال الصّوم بناء على القول به كما قيل لاستفادته من الخبر الدالّ على أنّ المستحاضه إذا اغتسلت ارتفع بغسلها الحدث السّابق على الغسل

و أمّا على المشهور من أنّ بالغسل يرتفع الحدث اللّاحق فلا يرد إشكال الشّرط المتأخّر كما أنّه لو قيل بأنّ الامتثال يتحقّق حين الغسل لا حين الصوم مع دخل الغسل فى امتثال الصوم فلا يرد هذا الإشكال أيضا

نعم يرد إشكال تأثير المعدوم فى الموجود لكنه ليس بإشكال أصلا لأنّ المؤثر فى المعلول المترتّب على الأمور التدريجيّه كالكون على السّطح المترتّب على الصّعود درجه درجه هو الجزء الأخير و سائر الأمور معدّات و كلّ منها يؤثر أثر نفسه حين حصوله و هو القرب إلى السّطح بهذا المقدار فإذا قلنا فى المقام بأنّ العقد يؤثّر حين الإجازه فلا يرد إشكال الشّرط المتأخّر

فما توهّم من ورود هذا الإشكال على كلّ شرط و جزء منصرم و منقض حين تحقّق الشّرط أو الجزء الأخير فى غير محلّه كما أن رفع الإشكال بجعل لحاظ المتأخّر أو المتقدّم شرطا ممّا ظهر فى الأصول حاله فإنّه من الخلط بين علل الجعل و التّشريع و شرائط المجعول فما هو لحاظه شرط للتّكليف هو علّه الجعل أى الموجب لإراده الفاعل الّذى هو عباره أخرى عن العلّه الغائيّه الّتى هى مقدّمه تصوّر أو مؤخّره خارجا و محلّ البحث إنّما هو فى شرائط المجعول و فيما له دخل فى تحقّق التّكليف أو الوضع كشرطيّه البلوغ و نحوه للوجوب و شرطيّه الإجازه و نحوها للملک و هذه الشّرائط شرائط بوجودها الخارجى

نعم لو قيل بأنّ الأحكام الشرعيّه أخبار عن الإنشاءات فيما سيأتى رجع جميع شرائط المجعول إلى علل الجعل و قد ذكرنا فى مسأله الترتّب و مقدّمه الواجب و الحكم الوضعى ما يوضح ذلک

[فى أنحاء كاشفيّه الإجازه]

قوله قدّس سرّه و قد تحصّل ممّا ذكرنا أن كاشفيّه الإجازه على وجوه ثلاثه إلى آخره

لا يخفى أنّ كاشفيه شى ء عن شى ء إمّا لمناسبه تكوينيّه بينهما ككاشفيّه الدّخان عن النّار و إمّا لمناسبه جعليّه ككاشفيّه النّصب عن الفرسخ و الألفاظ عن المعانى على وجه فكاشفيه الإجازه عن تحقّق السّبب التام لا بدّ أن تكون بأحد الوجهين ثم إنّ طريق الاستكشاف فيها يتصوّر على أنحاء منها أن تكون كاشفه عن الرّضا التقديرى و منها أن تكون كاشفه عن حصول شرط واقعى مقارن للعقد لا نعرفه و منها أن تكون كاشفه عن ثبوت وصف التعقّب و منها أن تكون كاشفه عن الموضوع الّذى رتب الشّارع عليه الأثر أى العقد الّذى يتعقّبه الإجازه صحيح فى علم اللّه من أوّل الأمر من دون دخل الرّضا أو شى ء آخر فيه و الّذى لا يتعقّبه الإجازه باطل كذلک و على أحد هذه الوجوه لا مدخليّه للإجازه فى التّأثير

و هنـا وجهـان آخران للكشف الحقيقىّ مع مـدخليّه الإجـازه الأـوّل أن تكون شـرطا بوجودهـا الخارجىّ الزّمانىّ الثّانى أن تكون شرطا بوجودها

الدهرىّ المجتمع مع مشروطها فى وعاء الدّهر فإنّ الطوليّات الزّمانيّه عرضيات فى عالم الدّهر و لا يخفى ما فى هذه أمّا كاشفيّتها عن الرّضا التقديرى فلا مناسبه بينهما لا ذاتا و لا جعلا مع أنّه لا دليل على كفايه المنكشف و أمّا كاشفيّتها عن شرط واقعىّ لا نعرفه فتتوقّف على مناسبه جعليّه بعد وضوح عدم مناسبه ذاتيّه بينهما و الجعل غير معلوم و أمّا كاشفيّتها عن وصف التعقّب فهذا لا إشكال فيه

و توهم أنّ التعقّب ليس مقارنا للعقد لأنّه منتزع عن أمر متأخّر و ما لم يتحقّق منشأ انتزاعه كيف يتحقّق المنتزع فاسد فإنّ عنوان التعقّب و السّبق و ما يراد فهما فى المعنى كاللّحوق و القبليه و البعديّه من الأمور الّتى تنتزع من نسبه الزّمانى إلى الزّمان فإذا اجتمع شيئان فى زمان واحد ينتزع عن اجتماعهما التّقارن و إذا وقعا فى زمانين فتنتزع القبليه من السّابق و البعديّه من اللّاحق و هكذا يصحّ هذه العناوين فى نفس أجزاء الزّمان فيقال لليوم إنّه بعد الأمس و قبل الغد مع كون الأمس و الغد معدومين

و بالجمله عنوان التعقّب صحيح و مقارن مع العقد إلّا أنّك قد عرفت أنّ الدليل لا يساعد على كون هذا العنوان الانتزاعى شرطا و أمّا كاشفيّتها عن الصّحيح فى علم اللّه فتحتاج إلى جعل و ليس و أمّا كونها شرطا بوجودها الخارجى مع تحقّق المشروط قبله فهذا خلف و مناقضه و أمّا كونها شرطا بوجودها الدّهرى ففيه أنّ شرط الزّمانى لا بدّ من أن يكون زمانيّا فتتميم الكشف الحقيقى على جميع ما قيل أو يقال فيه بالقواعد مشكل

و هنا وجه آخر من وجوه الكشف اصطلحوا عليه بالكشف الحكمى و لهم فى إثبات هذا المعنى مسالك ثلاثه الأوّل ما نقله المصنف عن أستاده شريف العلماء قدّس سرّهما و هو حكم الشارع تعبّدا بإثبات آثار الكشف من أوّل العقد و لازم ذلك إثبات الآثار الممكنه من حين العقد لأنّ التعبّد يصحّ فيما يمكن التعبّد به فحكم الشّارع فى المقام نظير حكمه فى باب الاستصحاب بإبقاء المتيقّن فى ظرف الشكّ عملا نعم بينهما فرق و هو أنّ الحكم فى باب الاستصحاب ظاهرىّ لأخذ الشكّ فى موضوعه و فى المقام واقعىّ و الثّانى ما نقله شيخنا الأستاذ مد ظلّه عن شيخه المحقّق فى عصره الشّيخ محمد باقر الأصبهانى قدّس سرّه نجل صاحب الحاشيه و هو كون الكشف الحكمى مطابقا للقاعده و سريانه فى أغلب أبواب الفقه كباب الخمس و الزكاه و الرّكوع و نحو ذلك

و حاصله أنّ كلّ ما يكون موضوعا لحكم من الأحكام بتوسط الأمر المتأخّر و العنوان اللّاحق بحيث كان الأمر السّابق بمنزله المادّه الهيولانيّه و العنوان المتأخر بمنزله الصّوره النوعيّه فمقتضى القاعده ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه مثلا أخذ عنوان فاضل المئونه موضوع الخمس و ذاته يتحقّق أوّل زمان ظهور الرّبح و لكن اتّصافه بعنوان فاضل المئونه إنّما هو بعد انقضاء السّنه و هكذا موضوع الزكاه فى الغلّات هو بلوغ المال بعد انعقاد الحبّ حدّ النّصاب و لكنّه معنون ببلوغه هذا الحدّ بعد التّصفيه فبعد التّصفيه لو كان بهذا الحدّ يكشف عن تعلّق الزكاه به حين انعقاد الحبّ و ثمره هذا الكشف فى باب الخمس و الزكاه هى صحّه أدائهما قبل تحقّق هذا العنوان و لو أتلفهما من تعلّقا بماله يحسبان عليه

و هكذا صحّه بيع الزّكوىّ متوقّفه على إخراج حقّ الفقراء فلو أخرجه السّاعى أو الوالى أينما وجده يكشف عن صحّه البيع من أوّل الأمر و هكذا فى مسأله الرّكوع فإنّه بناء على أن يكون من أوّل التقوّس إلى آخر حدّ الانحناء ركوعا يتوقّف اتّصاف الجزء

الأوّل بكونه ركوعا على لحوق

الجزء الأخير و لكنّه بعد اللّحوق يكشف عن كونه ركوعا من أوّل الأمر

و بالجمله كلّ أمر متأخّر كان بمنزله الصوره للأمر المتقدّم فالمتقدم يتحقّق من أوّل الأمر و ينكشف بهذا المتأخّر وجود المتقدم فى ظرف وجوده و فيه أنّه إذا كان العنوان اللّاحق بمنزله الصوره و السّابق بمنزله المادّه فلا بدّ من الالتزام بالنّقل لأنّ فعليّه الشّى ء إنّما هى بالصوره

و بالجمله مع دخل المتأخّر فى تحقّق اتّصاف السّابق بوصف الموضوعيّه يستحيل اتّصافه بهذا الوصف قبل تحقّق المتأخر و مجرّدا عنه و الثّالث ما بيّناه سابقا فى توجيه كلام المحقّق و هو يختصّ بباب الإجازه و هو أن كلّ ما كان إنفاذا للأمر السّابق فمقتضى القاعده أن يكون الآثار الّتى إنفاذها بيد المجيز مترتّبه عليه من أوّل الأمر و فيه أوّلا أنّ النّزاع فى المقام ليس مختصّا بما كان ناظرا إلى ما وقع كأجزت و أنفذت و رضيت و نحو ذلك بل يجرى فيما إذا أخرج السّاعى مقدار الزكاه و ما إذا أبرأ المرتهن الدّين و ما إذا فكّ الرّاهن الرهانه و نحو ذلك و ثانيا إذا كان الشى ء غير نافذ إلّا بأمر لاحق فكيف يترتّب عليه الآثار من قبل

فظهر ممّا ذكرنا أنّ هذه الشّروط الّتى تتعلّق بإنفاذ العقد السّابق كإجازه المالك و الغرماء و المرتهن و الورثه فيما زاد على الثلث و الشّروط الّتى تقتضى صحّه العقد السّابق كإبراء المرتهن و فكّ الرّاهن الرهانه و إخراج الزّكاه من المال الزكوى أو من غيره حكمها حكم سائر الشّروط الّتى لا ترجع إلى إنفاذ العقد بل هى بنفسها من أركان المعامله كالقبض فى الصرف و السّلم فى أنّ مقتضى القاعده فيهما هو النّقل لا الكشف الحقيقىّ و لا الواسطه بينهما

فثبوت الواسطه الّتى تعبّر عنها بالكشف الحكمى تتوقّف على دليل و الأدلّه الّتى أقاموها على الكشف الحكمى لا تستقيم فإنّه مضافا إلى أنّ إعمال التعبّد فى أبواب المعاملات بعيد فإنّ الظّاهر أنّهم عليهم السّلام حكموا على طبق ما ارتكز فى أذهان العقلاء دلالتها على الكشف الحقيقى أظهر من دلالتها على الكشف الحكمى

أمّا صحيحه محمّد بن قيس فلأنّ بيان الإمام ع علاج تخلّص الولد بأخذ ابن المالك البائع للوليده ظاهر فى أنّ إمضاء المالك للبيع إمضاء لما أنشأه ابنه حين الإنشاء لظهور قوله ع حتّى ينفذ لك البيع فى ذلك و هكذا قوله فلمّا رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع ابنه فظاهر هذين الكلامين أنّ الإجازه تكشف عن تحقق الملك حين بيع الولد

و أمّا صحيحه أبى عبيده الوارده فى تزويج الصّغيرين فضولا فلأنّها ظاهره فى أنّ المقصود من الإجازه لا بدّ أن يكون نفس الازدواج لا التوارث و لذا أمر ع بحلف الزّوجه على ذلك فإنّها لو كانت دالّه على الكشف الحكمى لكانت دالّه على لزوم ترتيب الآثار الممكنه من الزّوجيه و هى ليست إلّا الوراثه بعد موت الزّوج إلّا أن يقال لا دلاله فيهما على تحقّق نفس الملكيّه و الزوجيّه من السّابق

أمّا إجازه بيع الولد فلأنّها ناظره إلى الآثار و هى النماء و نحوه و قوله ع حتى ينفذ لك البيع لا يدلّ على تحقّق البيع سابقا و مجرّد تعلّق الإنفاذ بالبيع السابق لا يلازم الكشف الحقيقى فإنّ هذا هو مورد البحث فى أنّ الإنفاذ المتأخّر يكشف عن تحقّق

المنفـذ سابقـا أو هو بنفسه جزء المؤثر أو واسـطه بينهما و أمّا مسأله الحلف فهى تناسب الكشف الحكمى أيضا فإنّ ترتيب الآثار من السّـابق بالإجـازه اللاـحقه إنّمـا هو بعـد فرض تحقّق الإجـازه من المجيز و الحلف إنّما هو لاسـتكشاف الإجازه و إنّها ليسـت صوريا بحيث يكون المقصود

هو الوراثه

نعم هنا إشكال آخر و هو أنّه لو قلنا بدلالتهما على الكشف الحكمى فسريان هذا الحكم فى غير مورد النصّ مشكل إلّا بدعوى القطع باتّحاد المناط فى جميع أبواب العقود و الإنصاف أنّ المسأله مشكله جدّا و لذا سلك كلّ واحد من الأساطين مسلكا و سدّ باب إشكال و فتح أبوابا فانظر ما فى حاشيه المحقّق الخراسانى قدّس سرّه فإنّه بعد كلام له فى تنقيح الشّرط المتأخّر قال فلا وجه للقول بالكشف بمعنى تحقّق المضمون قبل ذلک لأجل تحقّق الإجازه فيما بعد

نعم بمعنى الحكم بعد الإجازه بتحقّق مضمونه حقيقه ممّا لا محيص عنه بحسب القواعد فلو أجاز المالک مثل الإجازه الفضوليّه بعد انقضاء بعض مدّتها أو الزّوج أو الزّوجه عقد التمتّع كذلک فيصحّ اعتبار الملكيّه حقيقه للمستأجر و الزّوجيّه لهما فى تمام المدّه الّتى قد انقضى بعضها بل و لو انقضى تمامها لتحقّق منشإ انتزاعها فإن قلت كيف يصحّ هذا و كان قبل الإجازه ملكا للموجر و لم يكن هناک زوجيّه إلّا أن يكون مساوقا لكون شى ء بتمامه ملكا لاثنين فى زمان واحد و اجتماع الزوجيّه و عدمها كذلک قلت لا ضير فيه إذا كان زمان اعتبار ملكيّه لأحدهما فى زمان غير زمان اعتبار الملكيّه للآخر فى ذاک الزمان لتحقّق ما هو منشأ انتزاعها فى زمان واحد لكلّ منهما فى زمانين و كذا الزّوجيّه و عدمها إلى آخره

فإنّ ما أفاده من الحكم بعد الإجازه بتحقّق مضمون العقد حينه حقيقه لا يختصّ بالكشف الحكمى فإنّ تأثير إجازه المالک فى الإجاره قبل زمان الإجازه و كذا تأثير إجازه الزّوج أو الزّوجه فى عقد التمتّع من قبل يلائم مع النقل أيضا لأن نقل المنافع عباره عن تأثير الإجازه فى نقل المملوک مدّه زمان الإجاره فإن جميع مده الإجاره بمنزله عين واحده خارجيّه فكما أنّه لو أجاز العقد الواقع على العين الشخصيّه تنتقل العين بأجمعها إلى الطّرف من حين الإجازه كذلک فى الإجازه المتعلّقه بمدّه سنه تنتقل جميع منافع المدّه إلى الطّرف من حين الإجازه و لو انقضى بعض المدّه أو جميعها فيجب على مالک العين أجره المثل لأنّ منفعه ملكه بإجازه عقد الإجاره انتقلت إلى غيره و منفعه ملكه عباره عن منفعه مدّه الإجاره

و بعباره أخرى المملوک مقدّم فى باب الإجاره لا الملک فإنّ السّنه بمنزله الكم و مقدار المنفعه هذا المقدار فبالإجازه جميع هذا المقدار يصير للمجاز له انقضى تمامه أو بعضه أو لم ينقض منه شى ء و المتعه بناء على ما هو ظاهر بعض الآيات و الأخبار من كونها إجاره فحكمها حكم الإجاره و أمّا بناء على ما هو الحقّ من كونها زوجيّه فحكمها حكم الدّائم من كونها متحقّقه حين الإجازه على ما هو مقتضى القواعد الأوّليّه و إن كان مقتضى الصّحيحه المتقدّمه هو الكشف

ثم لا يخفى ما فى جوابه عن إشكال اجتماع مالكين فى ملک واحد لأنّ اختلاف زمان اعتبار الملكيّه للاثنين لا يدفع إشكال اجتماع المالكين فى ملک واحد فى زمان واحد فإن اختلاف زمان الاعتبار بمنزله اختلاف زمانى الإخبار بوقوع المتناقضين فى زمان واحد و بمنزله اختلاف زمانى الحكم بحكمين متضادّين فإن حكم الحاكم فى يوم الجمعه بكون عين شخصيّه لزيد فى هذا اليوم مع حكمه فى يوم السّبت بكون شخص هذا العين فى يوم الجمعه لبكر متناقض

و نظير ما أفاده قدّس سرّه فى هذا المقام ما أفاده صاحب الفصول فى الخروج عن الدّار المغصوبه و بالجمله كما أنّ الكشف

بنحو الشّرط المتأخر محال لاستحاله تحقّق الحكم أو المعلول

قبل تحقّق موضوعه أو علّته كـذلك يسـتحيل تحقّق الملك حقيقه حين العقـد من حين تحقّق الإجازه لأنّ الشـى ء إذا لم يتحقّق فى زمان لعـدم تحقّق تمام سـببه فكيف يتحقّق فى هـذا الزّمان بتحقّق بعض سـببه فى زمان آخر و مجرّد كون الملك من الأمور الاعتباريّه لا يوجب صـحّه اعتباره لاثنين فى زمان واحـد و لو كان زمان اعتباره كـذلك فى زمانين هـذا تمام الكلام فيما قيل أو يقال فى هذا المقام

و لكن أقوى الوجوه هو الواسطه بين الكشف الحقيقىّ و النّقل الّتى يعبر عنها بالكشف الحكمى و لكن لا من باب التعبّد الصّرف بأن يكون مقتضـى القاعـده هو النقل و إنّما ثبت الكشف بالتعبّـد بل لأنّه هو مقتضـى القاعده و ذلك للفرق بين الأمور المتأخّره الّتى لها دخل فى المتقـدّم فإنّها لا تخلو عن أحـد أقسام ثلاثه الأوّل كالقبض فى الصرف و السّـلم و القبض فى الهبه و الوقف و نحـو ذلـك و الثّانى كالإجـازه من المالـك و المرتهن و نحوهمـا و الثّـالث كـإخراج الزّكـاه بعـد بيع الزكوىّ و إبراء الـدّين من المرتهن و فـكّ الرّاهن الرّهانه و نحو ذلك أمّا القسم الأوّل فيتوقّف تأثير العقـد على وجوده و لا مجال لتوهّم الكشف فيه مطلقا سواء كان جزء المؤثر كالقبض فى الصـرف و السّلم أم كان شرطا للصحّه كالقبض فى الرّهن و الهبه و الوقف و أمّا الثّانى فحيث إنّه ناظر إلى ما وقع و تنفيذ لما سبق فيوجب تأثيره فيما سبق بالنّسبه إلى ما يمكن أن يتعلّق به الإنفاذ

و أمّـا الثـالث فهو و إن لم يكن فى الظّهور مثـل الثـانى إلّـا أنّه فى نظر العقلاـء حكمه حكم الثّانى فإنّ العرف و العاده بحسب ما ارتكز فى أذهـانهم يرون الأـمر الّـذى يصـير موضوعـا للحكم بتوسـط العنوان المتـأخّر أنّه هو الموضوع فالآثار المترتّبه على هـذا الموضوع تترتّب عليه من أوّل الأمر و هـذا المتأخر بمنزله الواسـطه فى الثّبوت و الأدلّه الوارده فى هذا الباب إمضاء لما ارتكز فى أذهان العقلاء و ناظره إلى ما هم عليه و الجامع بين القسمين الأخيرين أنّ موضوع الحكم هو المنفذ و الإنفاذ و ما يرجع إليه ناظر إلى المنفـذ نعم هـذا يختصّ بمـا إذا كـان السّـابق تمام الموضوع بالنّسـبه إلى الآثار كما هو كـذلك بالنّسـبه إلى النماء و المنافع فبالإجازه ينكشف تحقّق حرّيه الولـد فى مسأله الوليـده من قبل و لكنّه لا ينكشف بها أنّ وطى الزّوجه الّتى عقدها الفضولى زناء بـذات البعـل كمـا أنّه لا ينكشف بها تحقّق أصل الزّوجيّه و السـرّ فى ذلك هو ما عرفت أنّ ترتيب الآثار من قبل إنّما هو بالنّسبه إلى الآثار الّتى لها اعتبار بقاء فى زمان الإجازه لا الآثار الّتى ليست كذلك و لا تحقّق نفس المنشأ من قبل فتدبّر جيدا

[بقى الكلام فى بيان الثّمره بين الكشف باحتمالاته و النّقل]

اشاره

قوله قدّس سرّه بقى الكلام فى بيان الثّمره بين الكشف باحتمالاته و النّقل إلى آخره

لاـ يخفى أنّ مـا ذكره من الثّمره بين الكشـف الحقيقىّ بمعنى كون الإجـازه بوجودهـا المتـأخّر شـرطا و بينه بمعنى كون الشّرط تعقّب العقـد بهـا من عـدم جواز تصـرف كـلّ منهمـا فيمـا انتقـل إليه بإنشاء الفضولى و إن علم بإجازه المالك بناء على الأوّل و جوازه بنـاء على الثّـانى لاـ وجه له لأـنّ جواز التصـرّف من آثـار تحقّق الملكيّه حين العقـد و المفروض تحقّق الملكيّه قبل تحقق

شرطها بناء على تعقّل الشّرط المتأخّر فلا مانع من جواز تصرّف كلّ منهما فيما انتقل إليه إذا علم بإجازه المالك

و لا بدّ أن يكون جواز التصرّف مطّردا على جميع وجوه الكشف الحقيقى ثم لو سلّمنا الفرق فلا وجه للحكم بحليّه الوطى واقعا على جميع أقسام الكشف الحقيقىّ حتى بناء على الشّرط المتأخّر بل يجب الفرق بين التعقّب و الشّرط المتأخّر فيقال بالجواز واقعا و الحرمه ظاهرا على الأوّل و الحرمه مطلقا على الثّانى لأنّ التعقّب

حاصل حين العقد دون الإجازه الخارجيّه

و بـالجمله بنـاء على الكشف الحقيقىّ لا فرق بين أقسامه فيجوز له التصـرف مطلقا لو علم بالإجازه و يجوز واقعا مع حرمته ظاهرا لو لم يعلم بهـا نعم على الكشف الحكمى يحرم التصـرّف واقعا كحرمته ظاهرا لأنّ الحرمه لا تنقلب عما هى عليه بالإجازه و على هذا فالحق عدم صيروره الموطوءه أم ولد بناء على الكشف الحكمى لأنّه إذا حرم عليه الوطى واقعا لعدم كونها ملكا له فبالإجازه لا يمكن ترتيب هـذا الأثر من حين العقـد لأنّ كون الموطوءه أم ولد مترتّب على الملك لا على ما هو فى حكم الملك و لو قلنا بـأن الكشف الحكمى مطـابق للقاعـده لأـنّه ليس للمالك قلب الحرمه إلى الحليّه و لا قلب غير الملك إلى الملك بل له إنفاذ ما وقع بالنّسبه إلى الآثار الّتى يكون العقد بالنّسبه إليها تمام الموضوع

و تقـدم أنّه لاـ ينكشف بالإجـازه كون الزّوجه الّتى زوّجهـا الفضولى ذات بعـل و لاـ يكون الزّنـا بهـا زناء بـذات البعل لأنّ كونه كذلك موقوف على الزّوجيّه الواقعيّه و هكذا كون وطى الأمه المشتراه وطيا فى الملك يتوقّف على كونها مملوكه حقيقه و هذا لاـ ينـافى كون ولـدها حرّا لأـنّ الولـد من النماء ثم لا يخفى فى ما أفاده من الفرق بين الحكمى و الحقيقىّ فى الإجازه بعـد نقل المالك ما باعه الفضولى و ذلك لأنّه لا فرق على المسلكين فى أنّ المالك يجوز له التصرّف فى متعلّق عقد الفضولى و لو كان عالما بصدور العقد منه فإذا جاز له التصرّف نفذ تصرّفه و إذا نفذ فلا يبقى محلّ للإجازه لصيروره المالك أجنبيّا

و احتمال بطلان تصرّفه لكشف الإجازه عن وقوعه فى ملك الغير دور واضح لأنّ الإجازه إنّما تكشف عن ذلك لو كان المحلّ محلّا للإجازه و بقاء المحل فرع بطلان التصرّف و بطلانه فرع بقاء المحلّ للإجازه و بعباره أخرى قد ذكرنا أن كاشفيّه شى ء عن شى ء إمّا لمناسبه تكوينيّه أو لمناسبه جعليّه و التكوينيّه مفقوده و الجعليّه ثـابته فى صوره إجـازه المالـك لا الأجنبىّ و المالك الّذى تصرّف فى متعلّق عقد الفضولى صار أجنبيا

نعم لو لم يكن للإجازه دخل فى التّأثير أصـلا بل كانت كاشـفه عن حكم الشّارع بصـحّه العقـد الّذى يتعقّبه الإجازه فى علم اللّه أمكن أن تؤثر فى بطلان النّقل و لكنّه مع هـذا لا يمكن الالتزام به لأنّ إجازه الأجنبى ليست كاشـفه عن حكم الشّارع ثم لا وجه لحكمه بصحّه النّقل على الكشف الحكمى و وجوب القيمه على المجيز لأنّه لو كان النّقل صحيحا لم يتحقّق حقّ للمشترى الّذى هو طرف الفضولى حتّى يعطى القيمه من باب الجمع بين حقّه و صحّه النّقل

و قيـاس الإجـازه على الفسـخ الخيـارى مع انتقـال متعلّقه بنقل لازم قياس مع الفارق لأن الفسـخ حلّ العقـد و لا يتعلّق حق الخيار بالعين و إلّا لم يكن تصـرّف من عليه الخيار نافـذا فإذا كان متعلّقا بالعقـد و لم يكن النّقل اللّازم ممّن عليه الخيار مانعا من إعمال ذى الخيار حقّه فمقتضـى الجمع بين بقاء الحقّ و صـحّه النقل أن يرجع بـدل العين إلى الفاسـخ و هـذا بخلاف الإجازه فإنّها بعد انتقال المبيع بالنّقل الصّـحيح اللّازم إلى غير طرف الفضولى لا يبقى محلّ لها حتّى يجمع بين نفوذها و صـحّه النّقل بإعطاء القيمه إلى طرف الفضولى

ثمّ إنّ فى بعض نسـخ المتن سـقط لفظ الأم و العباره هكـذا و لو نقل المالك الولـد عن ملكه قبل الإجازه فأجاز بطل النّقل على

الكشف الحقيقى لانكشاف وقوعه فى ملك الغير مع احتمال كون النّقل بمنزله الردّ و بقى صحيحا على الكشف الحكمى و على المجيز قيمته إلى آخره فتوهّم أنّ هذه العباره

لا يرد عليها إشكال لأن بيع الولد لا يوجب عدم بقاء محلّ الإجازه بالنّسبه إلى الأم فإذا باعه المالك و أجاز عقد الفضولى الواقع على الأم فيجمع بين نفوذ البيع و صحّه إجازته فإذا حكم بمقتضى الكشف الحكمى بترتيب الآثار الممكنه من حين العقد فمن الآثار النّماء و هو الولد لأنّه تابع للعين فيصحّ نقل الولد و يجب قيمته على المجيز لأنّ نقله بمنزله إتلافه

و لا يخفى أنّ هذا مضافا إلى مخالفته لسائر النّسخ الموجود فيها لفظه الأم و أنّ ظاهرها تعلّق الإجازه بعين ما تعلّق به النّقل يرد عليه أنّ مثل هذا النّماء المنفصل المستقلّ لا وجه لكونه تبعا للعين فلو أجاز بيع الأم فبناء على الكشف الحقيقىّ يصحّ أن يقال الولد للمجاز له تبعا لأنّه حدث فى ملكه و أمّا بناء على الكشف الحكمى فالمفروض أنّه لم يحدث فى ملكه و إنّما يحكم تعبدا أو قاعده أنّه فى حكم حدوثه فى الملك و هذا التعبّد أو القاعده إنّما يصحّ إذا كان للإجازه محلّ و بعد صحّه النّقل لا يتعلّق للمجاز له حقّ به حتى يجب على المجيز بدله جمعا بين الحقّين

قوله قدّس سرّه و ضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الإجازه بترتّب آثار ملكيّه المشترى من حين العقد إلى آخره

لا يخفى أنّه سواء قلنا بأنّ الالتزام بالكشف الحكمى من باب التعبّد الصرف أم قلنا بأنّه من المرتكزات العقلائيّه فما لم يتحقّق الإجازه لا يؤثر العقد و لكنّه إذا تحقّقت فتترتب جميع الآثار الممكنه الترتّب على نفس السّبب و هو العقد فى ظرف حصوله و من الآثار الممكنه فى العقد المعاوضى المنافع أو النّماء فما كانت موجوده حين الإجازه كالصّوف و أثمار الأشجار و نحوهما يحكم بأنّها ملك لطرف الفضولى بجميع مراتب وجودها من حين العقد إلى زمان الإجازه و ما كانت تالفه كالمنافع المستوفاه أو التّالفه من غير استيفاء فمعنى ترتيبها من حين العقد هو الحكم بضمان المجيز لها للطّرف و لازم الضّمان الحكم بملكيّتها للطّرف لا الحكم بالملكيّه أولا ثم الضّمان فإنّ الملكيّه لا يعقل تحقّقها حين العقد مع تأخّر الإجازه لأنّ جهه الامتناع مشتركه بين العين و النماء

هذا مع أنّ ملكيّه النماء أو المنافع ليس لإنشاء معاملىّ فى عرض العين أو فى طولها بل إنّما هى لحكم شرعىّ أو عقلائى تبعىّ و التبعيّه دائره مدار المتبوع و بالجمله الحكم بملكيّه النّماء أو المنافع إنّما هو لاعتبار بقائهما من حين العقد إلى زمان الإجازه و هو يقتضى الضّمان فبهذا اللّحاظ يكونان من الآثار الممكنه الترتّب من زمان العقد و منها أيضا الوراثه فإنّها قابله للتحقّق من زمان العقد إلى زمان الإجازه سيّما بناء على كون الكشف الحكمى من باب التعبّد الشرعى فإنّ إعمال التعبّد فيها بمكان من الإمكان و ليس موت أحد الزوجين كتلف العين فإنّ الزّوجين و إن كانا كالعوضين فى باب البيع ركنين فى النّكاح إلّا أن عدم قابليّه العين التّالفه لتعلّق الإجازه بها ليس لتلفها حتى يقاس موت الزّوج على التّلف بل للغويّه الإجازه فإن المبيع إذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فلا يؤثر الإجازه فى نقل المبيع إلى المشترى لوقوع التّلف فى ملك البائع و هذا بخلاف موت أحد الزّوجين فإنّه لا يمنع من تعلّق الإجازه بعقد النّكاح فيرتّب عليه الإرث

فتحصّل ممّا ذكرنا أمور ينبغى الإشاره إليها الأوّل أنّ القائل بالكشف الحكمى قد جمع بين الكشف الحقيقىّ و النّقل فإنّ القائل بالكشف الحقيقى التزم به من جهه أن الإجازه ليست كسائر الأجزاء و الشّرائط مما له دخل فى السّبب النّاقل بل هى راجعه إلى إنفاذ العقد

السّابق القاصر من حيث السّببيّه إمّا بحسب الاقتضاء كعقد الفضولى و إمّا لوجود المانع من تأثيره كعقد الراهن و نحوه ممّا يتعلّق به حق الغير و القائل بالنقل التزم به من جهه مدخليّه الإجازه على أىّ حال فى سببيّه السّبب و القائل بالكشف الحكمى جمع بين النّظرين فحكم بترتيب الآثار الممكنه الترتّب من حين العقد بعد تحقّق الإجازه دون ما لا يمكن للزوم الاستحاله و منشأ التزامه به هو كون الإجازه راجعه إلى إنفاذ الإنشاء السّابق و الإنشاء السّابق و إن لم يكن من أجزاء مدلوله وقوع المنشأ حين الإنشاء إلّا أنّه حيث كان ظرفه قبل ذلك فمقتضاه وقوع منشئه حين الإنشاء

و الإنشاء قد يصدر ممّن يؤخذ بجميع مدلولات كلامه المطابقيّه و الالتزاميّه كالرّاهن فإنّ له الالتزام بما أنشأه و قد يصدر ممّن ليس له الالتزام بما أنشأه لعدم كونه تحت قدرته كالفضولى فالّذى يتوقّف على الإجازه فى بيع الراهن هو مدلوله المطابقى و هو إيجاد الماده بالهيئه دون التزامه بما أوجده و فى الفضولى كلا الالتزامين فالإجازه من المرتهن تنفيذ للبيع وحده و من المالك تنفيذ للبيع و التزام منه أيضا بما أنشأه الفضولى و لا شبهه أنّ ما أنشأه الرّاهن أو الفضولى هو إيجاد البيع فإجازه المرتهن أو المالك إنفاذ للمدلول المطابقى أو لكلا المدلولين

الثّانى أنّ الإجازه إنّما تؤثّر عند بقاء محلّها كما إذا لم يتصرّف المالك أصلا أو تصرف تصرّفا غير مناف لها كما لو آجر الدّار الّتى باعها الفضولى فيجمع بين صحّه الإجاره و ترتيب آثار ملكيّه المشترى بأخذ بدل الأجره من المالك و أمّا لو تصرف بالتصرّف المنافى كالبيع و العتق و الوطى و نحو ذلك أو أتلفه أو تلف بنفسه فلا يبقى محل للإجازه للزوم الدّور كما عرفت من غير فرق بين الجميع أمّا فى مورد التّلف فلانفساخ العقد به قبل القبض الصّحيح و أمّا فى مورد الإتلاف فلعدم قابليّه التّالف لأن يكون ملكا للمجيز فلا يؤثر إجازته نعم لو قيل ببقاء محلّ الإجازه فالحقّ الرّجوع إلى البدل و لو بالتصرّف البيعىّ فضلا عن العتق لا بطلان التصرّف لأنه ليس من الآثار الممكنه فإنّه وقع من مالكه فى محلّه فمقتضى نفوذ تصرّفه و إجازته جمعا هو الرّجوع إلى البدل ثم هل يلحق الرّهن بالإجازه أو بالبيع وجهان و الأقوى هو الأوّل لأنّ الرّهن ليس مفوّتا لمحلّ الإجازه لأنّ للرّاهن البيع غايه الأمر أنّ نفوذه موقوف إمّا على فكّ الرّهن و إمّا على إسقاط المرتهن حقّه فله الإجازه أيضا فحكم الإجازه حكم أصل بيع المال المرهون و بيع المفلس و بعباره أخرى كون المال رهنا لا يوجب عدم مالكيه المالك لإنشاء البيع فلا يوجب عدم مالكيّته لإجازه البيع الّذى أوقعه الفضولى

الثّالث قد تبيّن ممّا تقدم أنّ القائل بالكشف الحكمى له دعويان أولاهما بمنزله الكبرى و هى أنّ مفاد الإجازه الالتزام بترتيب الآثار الممكنه من حين العقد و ثانيهما بمنزله الصغرى و هى أنّ المنافع و النّماءات من الآثار الممكنه و قد ظهر صدق الصّغرى باعتبار أنّ لهما آثارا وجوديه بحسب الضّمان فبقى الكلام فى تنقيح الكبرى و هو أنّه هل مفادها ترتيب جميع الآثار حتى تكون بمنزله الأمارات فى إثبات لازمها و ملزومها و ملازمها بناء على الطّريقيّه بحيث لو وطئ المشترى الجاريه قبل الإجازه لسقط عنه الحدّ بإجازه المالك و كان الولد له لا للمالك و كانت الجاريه أم ولد أو مفادها مفاد الأصول فلا يترتّب عليها إلّا الآثار الشّرعيّه دون العاديه و العقليّه و دون ملزوماتها أو مفادها مفاد الأمارات بناء

على السّببيه التّصويبيّه وجوه

و الصّواب هو التّفصيل و هو أنّه لو قلنا بأنّ الكشف الحكمى على طبق القاعده فلا بدّ من الالتزام بأنّ مفاد الإجازه مفاد الأمارات على السّببيّه و ذلك لأنّ الكشف الحكمى فى الحقيقه راجع إلى النّقل غايه الأمر حيث إنّ مفاد الإجازه تنفيذ العقد السّابق فيرتّب الآثار الممكنه على العقد السّابق و لكن الحكم بترتيبها عليه من حين الإجازه فكان العقد حقيقه وقع حينها و لكن المجيز التزم بترتيب الآثار من حين العقد فليس للآثار قبل الإجازه وجود واقعىّ تكشف عنها الإجازه حتى تكون الإجازه كالأماره القائمه على كون الملك ملكا لطرف الفضولى من حين العقد فيرتّب عليه جميع الآثار أو تكون كالاستصحاب القائم على كون الملك ملكا للطّرف من حين العقد فيرتّب عليه الآثار الشّرعيّه المترتّبه على المستصحب بلا واسطه فيحكم بكون الجاريه المستولده أمّ ولد بناء على أن يكون موضوعه الوطى فى زمان الملك لا الوطى حال الملك الذى هو عنوان منتزع من الوطى الوجدانى و الملكيّه المستصحبه بل الإجازه هى بنفسها عله للحكم بترتيب الآثار و ليس لترتيبها واقع انكشف بالإجازه فعلى هذا يجب أن تكون الآثار الّتى تترتّب على العقد بسبب الإجازه خصوص الآثار الّتى التزم بها المتعاقدان مطابقه أو تضمّنا و تبعيّا كالمنافع و النماء و إرث الزّوجين و نحوها دون الآثار الشرعيّه المترتّبه على العقد الواقع كالحكم بحليّه الوطى و كون الموطوءه أم ولد لأن جميع الأحكام التّكليفيّه تعبديّه شرعيّه لا مالكيه

و هكذا بعض الأحكام الوضعيّه كسقوط الحدّ و صيروره الموطوءه أم ولد و تغسيل أحد الزّوجين للآخر فإنّ هذه الأحكام لم يلتزم بها العاقد لا مطابقه و لا تبعا نعم لو كانت الآثار الشرعيّه من الآثار الّتى رتّبها الشّارع على الملك لا تعبّديّه محضه كالمنافع فتترتّب على العقد فإنّها و إن لم تكن ممّا التزم بها العاقد بل كان ترتّبها على العقد لتعبّد شرعىّ إلّا أنّها من الآثار المترتّبه على الملك لا التعبديّه الصّرفه و أمّا لو قلنا بأنّ الكشف الحكمى من باب التعبّد فلا بدّ فى ترتيب الآثار من النّظر إلى مقدار التعبّد و حيث إنّه ليس فى الأخبار عموم أو إطلاق فيقتصر على القدر المتيقّن و هو الآثار المترتّبه على الملك و نحوه لأن الأخبار الدالّه على هذا المعنى كصحيحه محمّد بن قيس و خبر نكاح الصّغيرين لا يستفاد منها إلّا هذا المقدار من الأثر فإنّ الثّانى لا يدل إلّا على الحكم بالإرث و الأوّل لا يدلّ إلّا على أخذ الوليده مع ابنها قبل الإجازه و نفوذ بيع الفضولى بعد الإجازه بالنّسبه إلى حريّه الولد و هى من آثار الوطى فى الملك

فعلى هذا لا فرق بين المسلكين فى ترتيب خصوص الآثار الّتى لها اعتبار وجود فى ظرف الإجازه ثم إنّ هذه الآثار تترتّب على العقد إذا كانت ممّا التزم به المجيز على نفسه أى كانت عليه و أمّا إذا كانت ممّا التزم به الطّرف على نفسه فلا دليل على ترتيبها على العقد بالإجازه إلّا من باب التزام الطّرف بها فلو وطئ المالك الأمه المبتاعه فضولا قبل إجازته و صارت مستولده وقع الوطى فى ملكه فالولد حرّ و أمّه أمّ ولد فلو كانت ممّن لا يجوز بيعها يصير الوطى كالعتق مفوّتا لمحلّ الإجازه و لو كانت ممّن يجوز بيعها كما فى ثمن رقبتها فى مورد إعسار المولى فللإجازه محلّ و لكنّها لا تكشف عن وقوع وطى المجيز فى غير ملكه و أنّ الوطى كان حراما و أنّ الولد رقّ للمجاز له لأنّ الحكم برقيّته الحرّ و حرمه الحلال ليسا من الآثار

الممکنه

و أمّا لو وطئها المشتری قبل إجازه المالک و استولدها ثم أجاز المالک فیمکن الحکم بحریّه الولد لأنّ صیروره الرقّ حرّا من الآثار الممکنه و من الآثار الثّابته علی المجیز لا الثّابته له

و لو انعکست المسأله بأن کان المالک البائع أصیلا و وطئها قبل إجازه المشتری الّذی اشتریت له فضولا فاستولدها ثم أجاز المشتری فالإجازه لا تکشف هنا عن صیروره الولد رقا لأن الأمه بناء علی النّقل و الکشف الحکمی قبل إجازه المشتری تکون فی ملک البائع الأصیل فالولد انعقد حرّا فبإجازه المشتری لا تنقلب الحریّه إلی الرقّیه بل الأمر کذلک و لو قلنا بأنّ الوطی من المالک حرام لالتزامه بخروج الأمه عن ملکه و أنّ الولد رق لأنّ الحکم بالرقیّه لیس من باب الإجازه فإنّها من الآثار الّتی له لا علیه بل من باب التزام طرفه بکونه له کما فی میراث أحد الزّوجین من الآخر بناء علی أن یکون الإرث من الآثار الّتی التزمه الزّوجان علی أنفسهما أو من الآثار الشّرعیّه المترتّبه علی الزّوجیه فإنّ الحکم بإرث المجیز المال الّذی ترکه الآخر المیّت لیس لإجازته بل لحکم الشّارع أو لالتزام المیّت

به ثم إنّ ممّا ذکرنا ظهر أنّ النزاع بین الکشف الحقیقی و الحکمی لیس علمیّا صرفا و ممّا لا یترتّب علیه الأثر و ذلک لاختلاف المسلکین فی ترتیب جمیع الآثار أو بعضها فإنّ القائل بالکشف الحکمی لا یمکنه الالتزام بترتیب جمیع الآثار

[منها أن فسخ الأصیل لإنشائه قبل إجازه الآخر مبطل له علی القول بالنقل دون الکشف]

قوله قدّس سرّه و منها أن فسخ الأصیل لإنشائه قبل إجازه الآخر مبطل له علی القول بالنقل دون الکشف إلی آخره

لا یخفی أنّ المراد من الکشف هنا الکشف الحقیقیّ لا الحکمی فإنّه فی هذه الثّمره مثل النّقل

ثم لا یخفی ما یرد علی کلامه قدّس سرّه من المناقشات منها أنّ الفرق بین الکشف و النّقل فی هذه الثّمره یصحّ فی غیر الشّرط المتأخر فإنّ العقد تام من طرف الأصیل لو کان مقارنا للرّضا التقدیری أو مقارنا لوصف التعقّب أو کان هذا النّحو من العقد تاما فی علم اللّه و أمّا لو کانت الإجازه شرطا متأخّرا فالعقد لیس من طرفه أیضا تامّا لأنّا و إن قلنا بالمحال و هو تحقّق الملکیه قبل تحقّق موضوع الملک و شرطه إلّا أنّه لم یتحقّق نفس العقد أیضا قبل تحقّق أرکانه الّتی منها الإجازه و منها أنّ قوله بل قبل تحقّق شرط صحّه العقد کالقبض فی الهبه و الوقف و الصّدقه لا یصحّ بإطلاقه فإنّ حکم القبض الّذی یتوقّف صحه العقد علیه لیس مطلقا حکم القبول قبل الإیجاب أو الإیجاب قبل القبول فی جواز إبطال أحد المتعاقدین إنشاءه قبل إنشاء صاحبه فإنّ فی الصّرف و السّلم لا یجوز لکلّ منهما إبطال ما أنشأه بعد تمامیّه العقد قبل القبض مع أنّ الملکیّه متوقّفه علی القبض بل یجب علیهما الإقباض لأنّ کلّا منهما ملزم بما التزم علی نفسه و هو التّسلیم و التسلّم فإنّهما من الشّروط الضمنیّه الّتی ینشئها المتعاقدان

نعم الظّاهر أن جواز الإبطال فی الوقف قبل القبض مسلّم و یمکن أن یکون جوازه من جهه إیقاعیّته و لذا استشکل فی الرّهن و

منهـا مـا يرد على قوله فالأـولى فى سـند المنع إلى آخره لأـن حاصـل كلامه أنّ إنكار تحقّق الثّمره بالمنع من جواز الإبطال على القول بالنّقل أيضا لا يستقيم فالأولى فى سـند منكر ثبوت الثّمره أن يقال إطلاقات صـحّه العقود يدفع احتمال شرطيّه عدم تخلّل الفسخ بين العقد و الإجازه

و حاصل الإيراد عليه أنّه ليس الكلام فى احتمال شـرطيّه عدم تخلّل الفسخ شـرعا حتى يتمسّک بالإطلاق بل لو کان شرطا لكان الفسخ مضرّا بصدق العقد و ذلک لأنّ الإجازه بناء على النّقل حكمها حكم الإيجاب و القبول فى أنّها من

أركان العقد فلو فسخ الأصيل بعد الإيجاب و القبول قبل الإجازه فهو كما لو فسخ الموجب بعد الإيجاب قبل القبول إلّا أن يمنع ذلک و يقال بالفرق بين الإجازه و الإيجاب و القبول و لو بناء على النّقل كما سيجى ء

ثم لو سلّمنا أنّ الإيجاب بدون القبول عقد إلّا أنّه لو احتمل أنّ بالفسخ ينهدم عقديّته فلا وقع للتمسّک بإطلاق أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا يقاس على الفسخ بعد العقد للشکّ فى عقديّته بعد صدور الفسخ فى المقام و الإطلاق لا يثبت موضوعه بخلاف الفسخ بعد تماميّه العقد و لعلّه قدّس سرّه إلى ذلک أشار بقوله و لا يخلو عن إشكال

[و منها جواز صرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النّقل]

اشاره

قوله قدّس سرّه و منها جواز صرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النّقل إلى آخره

لا يخفى أنّه لو قلنا بأنّ الفسخ قبل الإجازه بناء على النّقل مبطل لإنشاء الأصيل فحكم التصرف حكم الفسخ بالقول لأنّه فسخ فعلىّ و أمّا لو لم نقل بإبطاله فهل يجوز له التصرّف فيما انتقل عنه بناء على النقل دون الكشف أو لا يجوز مطلقا أو يجوز مطلقا وجوه و الأقوى أنّه لا يجوز تصرّفه مطلقا بناء على استفاده الحكم التكليفى من قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لدلالته على أنّ كلّ منشئ و معاهد ملزم بإنشائه و عهده فإنّ وجوب الوفاء تكليفا لا معنى له إلّا تعلّقه بفعل المتعاقدين أى يتعلّق بالمعنى المصدرى فيجب على كلّ منهما الالتزام بما ألزم على نفسه و هو إيجاده الماده بالهيئه سواء تحقّق الالتزام من الآخر أم لا

نعم لو كان الوجوب متعلّقا بنتيجه المصدر جاز تصرّفه على النّقل لا الكشف و لو على نحو الشّرط المتأخّر لأنّه بناء على النّقل لم تحصل الملكيّه بعد و بناء على الكشف حاصله مطلقا حتى بناء على الشّرط المتأخر سواء كان المتأخّر شرطا للسّبب النّاقل أم كان شرطا لمؤثريه السّبب لأنّ الملكيّه على كلّ تقدير حاصله و لذا قلنا باستحاله تحقّقها مع عدم تحقّق سببها الّذى منه الإجازه و على الوجه الأخير حمل المصنف الشّرط المتأخّر الّذى التزم المشهور به كما استفاده من كلام المحقّق و الشهيد الثّانيين من قولهم إنّ العقد سبب تام

و بالجمله لو كان الوفاء متعلّقا بنتيجه الفعل يمكن التفصيل بين الكشف و النّقل و أمّا لو كان متعلّقا بنفس الفعل فالالتزام من طرف الأصيل مطلقا حاصل و على أى تقدير فالجواز مطلقا لا وجه له

و توضيح ذلک مع توضيح هذه الثمره و الثمره المتقدّمه يحتاج إلى تمهيد أمور الأوّل فى إمكان الفرق بين الفسخ الفعلىّ و القولى و عدمه الثّانى فى إمكان وجوب الالتزام على أحد المتعاقدين بما أنشأه مع عدم حصول الالتزام من الآخر و عدمه الثّالث فى إمكان الفرق بين البيع و النّكاح فى وجوب الالتزام على الأصيل و عدمه الرابع فى بيان إمكان الفرق بين النقل و الكشف و عدمه ثم الفرق فى أقسام الكشف أمّا الأوّل و الثّالث فتنقيحهما يتوقّف على الثّانى و الحقّ فيه إمكان التفصيل فى وجوب الالتزام

بالنّسـبه إلى أحـد المتعاقدين و ذلك لأنّه متعلّق بما هو فعل العاقد و لا شـبهه أنّ المعنى المصدرى من طرف الأصـيل تام لتحقّق أركان العقد من الإيجاب و القبول و إنّما النّاقص هو الاستناد إلى المالك

و بعباره واضحه تاره أحد المتعاقدين يعطى التزامه الآخر و تنقطع إضافته عن ماله كما فى المقام بالنّسبه إلى الأصيل و الصّرف و السّـلم بالنّسـبه إلى كلاـ المتعاقـدين و أخرى يعطى التزامه الآـخر و ينشـئ البيع و لكن لاـ ينقطع ملكه عنه كمـا فى الإيجاب قبل القبول فإنّ فى الفضولى التزام الأصيل تام لتحقّق الماده القابله لفعليّتها بإجازه المالك بخلاف الإيجاب قبل القبول فإنّه وقع

ما أنشأه الموجب غير تام و لا متعلّق بأحد بل مراعى بقبول الآخر و لا يتوقف تحقّق الالتزام من طرف على تحقّق الملكيّه و هى اسم المصدر لأنّ وجوب الالتزام ليس من آثار تحقّق النّتيجه و لذا يجب على المتعاقدين الإقباض فى باب الصرف و السّلم لو لم يكن لهما خيار المجلس مع أنّ الملكيّه تتوقّف على القبض و ذلك لأنّ الإقباض من آثار المعنى المصدرى الّذى تحقّق بالإيجاب و القبول

و بعباره أخرى وجوب الالتزام مقابل لثبوت الخيار و لا معنى للخيار قبل القبول و أمّا بعد القبول و لو قبل حصول الملك فلا مانع من ثبوته كما فى خيار المجلس فى بيع الصّرف و السّلم لأنّ الخيار ملك حلّ العقد و إقراره فوجوب الالتزام متفرّع على تحقّق العقد لا الملك و المفروض فى باب الفضولى أنّ العقد تامّ و لو لم يكن مؤثرا من باب عدم استناده إلى مالكه و لا ينافى وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على آخر و إن كان تملك أحدهما الثّمن منوطا بتملّك الآخر المثمن فإنّ التزام أحدهما لا يناط بالتزام الآخر لأنّ نتيجه مقابله الجمع بالجمع فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ التّوزيع فكلّ واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه فلا ينافى حرمه التصرّف على الأصيل فيما ينتقل عنه عدم جواز تصرّفه فيما ينتقل إليه لأنّ جواز تصرّفه فيه من آثار الملكيّه و من آثار التزام الآخر الّذى لم يتحقّق فى الفضولى قبل الإجازه فعلى هذا لا يؤثر فسخ الأصيل و يحرم عليه التصرّف و لا ينفكّ أحدهما عن الآخر

نعم لو شكّ فى وجوب الالتزام عليه أمكن التّفكيك بينهما فى الأصول العمليّه فإنّ مقتضى الاستصحاب جواز التصرف و لا أصل فى تأثير الفسخ القولى و عدمه و ممّا ذكرنا ظهر أيضا عدم إمكان التفكيك بين أحكام البيع و النّكاح فلو قيل بتأثير عقد النّكاح من طرف الأصيل فى أحكام المصاهره كما هو صريح القواعد يجب القول بتأثير عقد البيع لحرمه تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه لأنّ أحكام المصاهره كما لا تناط بالزّوجيّه بل بالعقد على امرأه فكذلك أحكام البيع لا تناط بالملكيّه بل بإنشائها و ذلك ظاهر

و أمّا الرابع فتاره يتكلّم فى الفرق بين أقسام الكشف و أخرى بين النّقل و الكشف أمّا الفرق بين أقسام الكشف فيظهر من المصنف قدّس سرّه أنّه بناء على وصف التعقّب لا مانع من تصرّف الأصيل لأنّ مجرّد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدح فى السّلطنه الثّابته له و لا وجه لإلقاء أصاله عدم الإجازه فإنّ إلغاءها يدور مدار التعبّد ففى كلّ مورد ألغاها الشّارع كما فى إجازه أحد الصّغيرين بعد موت الآخر و لذا حكم بوجوب عزل الميراث نقول به و فى كلّ مورد لم يقم دليل خاصّ على إلغائها نتمسّك بها

و أمّا بناء على الشرط المتأخّر بأن يكون الإجازه شرطا لمؤثريّه العقد فلا يجوز التصرّف حتى مع العلم بعدم الإجازه فعلى هذا لا يفيد إجراء أصاله عدم الإجازه و فيه أنّه لا وجه للتّفكيك بين أقسام الكشف لأنّه لو سلم جواز التصرّف بناء على شرطيّه وصف التعقّب من باب الشكّ فى الشّرط لجاز بناء على الشّرط المتأخّر لأنّ مدخليّه الإجازه فى التّأثير لا إشكال فيها فعلى أىّ حال الشّرط مشكوك

نعم لو قيل بعدم مدخليّه الإجازه أصلا و كان وجودها كعدمها لكان للفرق بينهما وجه و الالتزام بهذا ينافى مدخليّتها فى التّأثير و

أمّا الفرق بين النّقل و الكشف بجواز التصـرّف على الأوّل دون الثّانى ففيه أنّه لو قلنا بأنّ التزام أحـد المتعاقـدين غير منوط بالتزام الآخر و أنّ العقد من طرف الأصيل تام و قلنا بالفرق بين النّذر المشروط و التزام الأصيل

و هو تعليق النّذر على حصول الشّرط دون الالتزام فإنّه لم يعلّق بإجازه الآخر فلا وجه للفرق بين النّقل و الكشف فإنّ التصرف على أى حال حرام لأنّ التزام الأصيل تام مطلقا

تنبيه قد يستدلّ بالخبر الوارد فى تزويج الصّغيرين فضولا على حرمه تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه

بتقريب أنّه لو جاز تصرّفه مع احتمال انتقال المال عنه لجاز تصرّف الورثه فيما تركه أحد الزوجين قبل إجازه الآخر فحرمه تصرّفهم و وجوب العزل يكشف عن أنّ الشّارع راعى احتمال انتقال المال عن مالكه إلى غيره و فيه أنّ مسأله العزل لا دخل لها بالمقام فإن إجازه أحد الزّوجين ليست موجبه لانتقال المال من الورثه إليه

و بعباره أخرى مجرّد موت المورث غير موجب لانتقال المال إلى الورثه حتى ينتقل المال بسبب الإجازه منهم إلى المجيز بل مال الميّت بمقدار حقّ الزّوج لا ينتقل إلى أحد و يبقى فى حكم ماله حتّى يجيز المجيز فيرثه أو يرد فيرثه الورثه فبقاء حقّ الزّوج كبقاء حقّ الحمل و بقاء حق من أسلم قبل القسمه و بالجمله ليس حرمه تصرف الورثه من جهه تعلّق حق للغير بالمال كتعلّق حقّ المرتهن و لا لاحتمال خروج المال عنهم بالتزام مورّثهم به كالتزام الأصيل بخروج المال عن ملكه بل لبقائه فى حكم مال الميّت إلّا أن يقال وجه بقائه فى حكم مال الميّت ليس إلّا التزام الميّت بخروجه إلى ملك الزّوج و المفروض أنّ الوارث بمنزله مورّثه فيحرم عليه التصرّف لالتزام مورثه بالخروج نعم لو قيل بأنّ العزل حكم تعبّدى فلا دخل له بالمقام و الحقّ أنّ الأمر كذلك و لذا لو قلنا بجواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه و نفوذ فسخه القولى قبل الإجازه لا نقول بجواز ذلك للورثه و ليس إلّا لعدم دخول حقّ الزّوج أو الحمل فى ملكهم فحرمه تصرّفهم ليست دليلا لحرمه تصرف الأصيل

[مسأله النذر المشهوره]

قوله قدّس سرّه مسأله النذر المشهوره بالإشكال إلى آخره

لا يخفى أنّ بيان حكم أقسام النّذر و إن كان خارجا عن المقصود إلّا أنّه لا بأس بالإشاره إلى ما هو الحقّ فيه إجمالا فنقول تاره يتعلّق النذر بالنّتيجه و أخرى بالفعل و على الثّانى قد يكون منجّزا و قد يكون معلّقا و على الثّانى تاره تحقّق المعلّق عليه بعد النّذر و أخرى لم يتحقّق و على الثّانى قد يعلم بتحقّقه و قد يشكّ و التّعليق تاره على أمر اختيارى و أخرى على غيره و بعض الأساطين و إن جوّز تصرّف النّاذر فى أغلب الصّور إلّا أنّ الحقّ فى جميع الأقسام عدم جواز التصرّف لا لتعلّق حقّ الفقراء أو غيرهم به ممّن يرجع فائده النذر إليه لأنّ ذلك ممنوع فإن نذر كون الحيوان صدقه لا يوجب ثبوت حقّ للفقير متعلّق بالحيوان فإنّ الفقير فى النذر هو المصرف فهو كالأجنبى الّذى شرط أحد المتعاقدين على الآخر إعطاءه درهما فليس للأجنبى إسقاط الشرط و لا المطالبه به و لا يرثه وارثه لأنه ليس هو المشروط له و الفقير أيضا كذلك ليس له و لا لوارثه بعد موته المطالبه بوفاء النذر

و بالجمله يتعلّق للّه سبحانه على النّاذر حق و لا يتعلّق للغير حقّ عليه فليس المنع من جهه تعلّق حقّ الغير به بل لأنّ النّاذر بسبب

النّذر سلب عن نفسه حق جميع تصرفاته فی المنذور سوی تصرّفه فی جهه نذره فلا يجوز له تصرّفه فی غيرها و لا ينفذ منه

[ثم إنّ بعض متأخّری المتأخرين ذكر ثمرات أخر]

قوله قدّس سرّه ثم إنّ بعض متأخّری المتأخرين ذكر ثمرات أخر

لا- يخفی أنّ فی الثّمره الأولی لا فرق بين القول بالكشف و القول بالنّقل فی أنّ موت أحد المتعاقدين لا يوجب بطلان العقد و فوات محلّ الإجازه لأنّ المال ينتقل إلی الوارث

على نحو كان للمورث فسواء مات الأصيل أن من له الإجازه يبقى العقد على حاله

و أمّا سائر الثمرات فيظهر من صاحب الجواهر أنّها ليست بثمره أيضا لأنّه لا فرق بين القولين فى فوات محلّ الإجازه بعروض الارتداد الفطرى فى مطلق البيع و الارتداد الملّى فى خصوص بيع المصحف و المسلم و بعروض تلف أحد العوضين أو نجاسته أو فقد شرط حال العقد أو حال الإجازه و قال قدّس سرّه ببطلان محلّ الإجازه فى الثّمره الأولى أيضا

و حاصل ما ذكره وجها لبطلان العقد فى مورد انسلاخ أحد المتعاقدين عن قابليّه التملّك كالموت و الكفر و فى مورد انسلاخ أحد العوضين عن قابليّه التملّك كالتّلف و عروض النّجاسه هو ظهور الأدلّه فى اعتبار استمرار القابليّه للمالك و المملوك من حين العقد إلى حين الإجازه فلو لم يكن أحد المالكين حين الإجازه حيّا أو لم يكن الملك باقيا على ملكهما لا يفيد الإجازه لا سيّما فى الثّانى ضروره كون المعتبر على الكشف و النّقل رضا المالك و المفروض انتفاء مالكيّته بانتفاء قابليّه العين للتملّك و لا سيّما إذا كانت القابليّه أو الشّرط مفقودا حين العقد و إن تجدّدا حين الإجازه كما لو باع الخمر ثم صار خلا أو باع المجهول ثم تعيّن

أمّا على الكشف فواضح و أمّا على النّقل فلأنّ الإجازه ليست بنفسها عقدا بل هى راجعه إلى العقد فلو لم يكن المبيع حال العقد قابلا للتملّك لا يفيد قابليته حال الإجازه و اعترض عليه المصنف قدّس سرّه بما حاصله أنّه لا وجه لاعتبار استمرار القابليّه و لا استمرار التملّك المكشوف عنه بالإجازه إلى حينها كما لو وقعت بيوع متعدّده على ماله فإنّهم صرّحوا بأنّ إجازه الأوّل توجب صحّه الجميع مع عدم بقاء مالكيّه الأوّل مستمرّا أو كما يشعر به بعض الأخبار حيث إنّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياه المتعاقدين حال الإجازه مع أن خبر الصّغيرين يدلّ على عدم اعتبار بقاء الملكيّه للمال بالملازمه لأنّ الزّوجين فى باب النّكاح كالعوضين فى باب البيع انتهى

أقول أمّا اعتبار الحياه فقد عرفت ما فيه و أمّا بقاء القابليّه فالنّقض بوقوع البيوع المتعدّده فى غير محلّه لأنّ المالك الأوّل أى المشترى من الفضولى و إن لم يبق ملكه إلى حال الإجازه سواء أجاز المالك الأصيل أم ردّ لأنّه بناء على الإجازه يقع للأخير و بناء على الردّ يبقى فى ملك الرادّ إلّا أنّ عدم بقاء تملّكه إنّما هو بسبب الإجازه و إلّا فيستمرّ الملك فى ملكه إلى حينها لأنّ المالك الأخير يتلقّى الملك من المشترى الأوّل فملك الأخير من آثار تملّك الأوّل كما أنّ تملّك الأوّل من آثار تحقّق الإجازه من المالك الأصلى

و بعباره أخرى لا شبهه فى بقاء مالكيّه المالك الأصلى إلى حين الإجازه و المالك الثّانى أى المشترى من الفضولى يستمرّ مالكيّته إلى زمان الإجازه أيضا و لذا بردّ المالك يبطل الجميع و بإجازته يصحّ الجميع و معنى صحّه الجميع مالكيّه الأوّل حين الإجازه ثم مالكيّه الثّانى ثم الثّالث إلى آخر البيوع فإجازه الأوّل موجبه لأمرين تملّك المشترى الأوّل و خروج الملك عن ملكه أيضا كما فى الثّانى و الثّالث إلى أن ينتهى إلى آخر البيوع

فالأولى أن يقال أمّا مسأله التّلف فمن حيث الملكيّه لا يتفاوت الأمر بين الكشف و النّقل لأنّ المبيع لو تلف قبل القبض فهو من

مـال بـائعه مطلقـا سواء قلنـا بـالكشف أم بالنقـل و حينئـذ فعلى النّقـل فـات محـلّ الإجازه لما ذكرنا سابقا من اعتبار بقاء المحلّل للإجازه و على الكشف يرجع إلى الأصيل

بالإجازه تنكشف صحّه البيع و دخول المبيع آنا ما قبل التّلف فى ملك البائع

و أمّا من حيث النماء فلو فرض حصول من حين العقد إلى زمان التّلف ظهرت الثمره بين القولين و أمّا تجدّد القابليّه بعد العقد قبل الإجازه أو حصول الشّرط بعده قبل الإجازه أو بالعكس فالبحث فيه تاره يقع فى شرائط العقد و أخرى فى شرائط العوضين ثالثه فى شرائط المالكين فما كان من الأوّل كاعتبار البلوغ و العقل فى العاقدين فتجدّده بعد العقد لا يفيد و لو على النّقل لأنّ الإجازه تنفيذ للعقد السابق لا أنّها سبب مستقلّ فإذا كان الشّرط عند العقد مفقودا فلا يفيد تحقّقه حين الإجازه و ما كان من الثّانى و الثّالث اللّذين يرجعان إلى شرط أثر العقد و هو الملكيه ككون العوضين ممّا يتموّل عرفا و شرعا و بدو الصّلاح فى بيع الثّمره و كون مشترى المسلم مسلما فلو قلنا بظهور الأدلّه فى اعتبار استمرار هذه الشّرائط من حين العقد إلى حين الإجازه كما اختار صاحب الجواهر فلا فرق بين القولين

و لو قلنا بما ارتضاه المصنف فبناء على الكشف يشترط تحقّق الشّرائط عند العقد و لو انعدمت حال الإجازه و بناء على النّقل يشترط تحقّقها حين الإجازه فإذا ارتدّ المسلم بعد شرائه المصحف قبل الإجازه لا يملكه على النّقل و يجبر على البيع على الكشف و لو انعكس بأن كان المشترى كافرا حين العقد و أسلم حين الإجازه فالأمر بالعكس

و لكن الأقوى هو الفرق بين هذه الشّرائط أيضا فإنّ المبيع تاره يخرج بعد العقد عن قابليّه التملّك شرعا و يعود قبل الإجازه إلى ما كان كما إذا صار الخلّ بعد العقد خمرا ثم صار خلّا قبل الإجازه فالحقّ فى هذه الصوره تأثير الإجازه سواء قلنا بالكشف أو النّقل و هكذا لو صار المالك بعد العقد مفلسا ثم صار مليّا قبل الإجازه

و أخرى يخرج عن ملك المالك بالنّقل بعد العقد ثم يعود إلى ملكه بالاشتراء أو الفسخ أو الإقاله و الأقوى هنا عدم تأثير الإجازه لأنّ التصرّفات النّاقله يخرج العقد عن قابليّه تعلّق الإجازه به و فى إلحاق الرّهن بالتصرّفات النّاقله أو بمسأله الفلس بعد العقد وجهان و الأقوى هو الثّانى لأنه كما لو صار المالك بعد العقد مفلسا ثم صار مليا قبل الإجازه فأجاز لا يضرّ عدم استمرار الشّرط لأنّ نفس المجيز لم يحدث فى العين حدثا و إنّما طرأ عليها حقّ و ارتفع فكذلك فى الرّهن إذا فكّه ثم أجاز لا ينبغى الإشكال فى صحّه العقد نعم لو لم يفكّه توقّف صحّه العقد على إجازه المرتهن و ذلك لأنّ حكم الإجازه حكم البيع البدوى و مجرّد الرّهنيه لا يوجب عدم صحّه البيع فلا يضرّ الرهانه بعد العقد إذا ارتفعت قبل الإجازه فى تأثير الإجازه

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ ما اختاره صاحب الجواهر و المصنف لا يصحّ بإطلاقه فتأمّل جيّدا

[و ربما يقال بظهور الثّمره فى تعلّق الخيارات]

قوله قدّس سرّه و ربما يقال بظهور الثّمره فى تعلّق الخيارات إلى آخره

لا يخفى أنّ الأحكام المترتّبه على ملكيه أحد المتبايعين تختلف على الكشف و النّقل كتعلّق الخمس و الزكاه و الأيمان و

النّذور المتعلّقه بملك أحدهما و تعلّق الخيارات كخيار الحيوان أو العيب و الغبن

نعم لا يبعد سقوط خيار المجلس فى المقام لأنّ مجلس العقد لا اعتبار به و لو على الكشف إلّا الكشف بمعنى عدم دخل الإجازه فى التّأثير أصلا كما إذا قلنا بصحّه العقد فى علم اللّه لو أجاز المالك و ذلك لاعتبار الإجازه فى تأثير العقد على سائر الأقوال و مجلس الإجازه أيضا لا اعتبار به لأنّه ليس مجلس العقد فلو بقى المجلس إلى زمان الإجازه

فهو و إلّا يصير مجلس العقد كمجلس الوكيلين فى أجزاء الصّيغه

و هكذا يشكل الأمر فى مجلس الصّرف و السّلم فإنّ القبض المعتبر فيهما لا يمكن الالتزام باعتباره فى مجلس العقد و لو على القول بالكشف و لا باعتباره فى مجلس الإجازه و لو على النّقل و الالتزام ببطلان الفضولى فيهما أشكل و هكذا ثبوت حقّ الشّفعه بمجرّد العقد و لو على الكشف مشكل و بعد الإجازه و لو على النّقل أشكل لا سيّما بناء على الفوريّه

و يظهر ثمره القولين فيما لو باع الفضولى حصّه أحد الشّريكين من زيد و قبل الإجازه باع الشّريك الآخر صحّته من عمرو ثم أجاز الشّريك فعلى الكشف يكون حقّ الشّفعه لزيد لأنّه صار شريكا للبائع الثّانى و على النّقل يصير لعمرو لأنه صار شريكا للمجيز فلزيد الأخذ بالشّفعه من عمرو على الكشف و لعمرو الأخذ بالشّفعه من زيد على النّقل و أمّا ثمره القولين فى ترتّب العقود على الثّمن أو المثمن فسيأتى الكلام فيها إن شاء اللّه تعالى

[و ينبغى التّنبيه على أمور]

[الأوّل أنّ النّزاع فى حكم الإجازه إنّما هو فى حكمها شرعا لا فى معناها لغه]

قوله قدّس سرّه و ينبغى التّنبيه على أمور الأوّل إلى آخره

ريب فى أنّ النّزاع فى حكم الإجازه إنّما هو بحسب اعتبارها شرعا و عرفا فى عقد الفضولى لا فى معناها لغه و عرفا فالقائل بالكشف يقول حيث إنّ المالك يسند إلى نفسه ما وقع من الفضولى فى موطنه فيقتضى أن يكون إجازته مؤثره فى الملكيه حال العقد و القائل بالنّقل يدعى أنّ العقد يتمّ حين الاستناد فهما مختلفان فى عالم الثبوت فى أنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هل تعلّق بالمالك حين العقد أو حين الإجازه فإذا كان الأمر كذلك فلو قصد القائل بالكشف إنشاء الالتزام بمضمون العقد من حين الإجازه و قصد القائل بالنّقل عكس ذلك ففى صحّه الإجازه وجهان

ثم إنّ الكلام فى صحّتها يقع فى مقامين الأوّل صحّتها على طبق ما قصد منها و الثّانى أصل صحّتها بمعنى الاكتفاء بها و عدم الافتقار إلى إجازه جديده على طبق ما اعتقده المجيز من القولين

أمّا الكلام فى المقام الأوّل فبعد ما عرفت أنّ اختلاف القولين إنّما هو فى اقتضاء عقد الفضولى الّذى تعقّبه إجازه المالك للكشف أو النّقل بحسب الثبوت شرعا فلا يمكن القول بصحّه الإجازه و وقوعها على طبق ما قصد لأنّ اقتضاءها ذلك ليس من قبيل الاقتضاء بحسب الإطلاق لو خلى و طبعه حتى يمكن تقييده أى ليس من قبيل اقتضاء العقد سلامه المبيع حتّى يمكن إسقاط خيار العيب بالشّرط فيقال فى المقام بأنّ الإجازه تقتضى الكشف أو النّقل إطلاقا فيمكن تقييده بالنّقل و لو على الكشف و بالكشف و لو على النّقل بل هى بحسب الحكم الشّرعىّ تقتضى تحقّق الملكيه من حين العقد أو من حينها فلا يمكن أن تقع على طبق ما قيّدها المجيز

و أمّا الكلام فى المقام الثّانى فالحقّ أنّ تقييدها بما يضادّ مختاره لا يوجب فسادها لأنّ غايه الأمر أن يكون من قبيل الشّرط المخالف للكتاب و السّنه و سيجى ء فى محلّه أنّ الشّرط الفاسد لا يسرى فساده إلى المشروط سواء كان المشروط عقدا أم إيقاعا بل الأمر فى الإيقاع أظهر فإن مضمون الإيقاع يحصل بمجرّد الإنشاء فيلغو ما ينافيه بعده و ليس الشّرط موجبا للتّعليق بل و لو قلنا فى العقد بأنّ التّمليك منوط بالشرط و لا تمليك بدونه إلّا أنّه ليس حكم الإيقاع حكمه لأن وقوع الأثر المترتّب عليه لا يناط بالشّرط فإن الإيقاعات ليست من باب المعاوضه

و بالجمله فساد الإجازه يدور مدار القول بفساد العقد و الإيقاع بفساد الشرط و على القول به

يتوقّف عقد الفضولى على إجازه أخرى لأنّ فساد الإجازه لا يؤثر فى فساد العقد و ليس كالإجازه بعد الردّ

[الثّانى أنّه يشترط فى الإجازه أن تكون باللّفظ]

قوله قدّس سرّه الثّانى أنّه يشترط فى الإجازه أن تكون باللّفظ إلى آخره

الكلام فى هذا التّنبيه يقع من جهات الأولى فى كفايه الرّضا الباطنى و عدمها الثّانيه بعد اعتبار إنشاء الرّضا و عدم كفايه الرّضا الباطنى هل يكفى الفعل أو يعتبر القول الثّالثه بعد اعتبار القول هل يشترط أن يكون باللّفظ الدالّ على الإجازه بالصّراحه العرفيّه أو يكفى الكنايه

و الحقّ فى الجهه الثّالثه كفايه الكنايه و إن لم نقل بها فى العقود لأنّ المحذور الجارى فيها لا يجرى فى الإجازه فإنّ الكنايه عباره عن استعمال اللّفظ فى معناه لينتقل ذهن السامع منه إلى لازمه أو ملزومه بحيث يكون الانتقال من دواعى الاستعمال فإن كان معناه غير المعنى المقصود من العقد فلا يفيد كون الداعى عنوان أحد العقود لأنّ الدّواعى و الأغراض لا اعتبار بها فى العقود و هذا بخلاف الإجازه فإنّ المقصود بها ليس عنوانا خاصا بل يكفى فيها كلّ ما يدلّ على الرّضا و كلّ لفظ يوجد به الاستناد فإذا عدّ المعنى الكنائى للفظ مصداقا لما ينشأ به الرضاء و الاختيار كقوله بارك اللّه فى صفقه يمينك أو أحسنت و أجملت أو جزاك اللّه خيرا و نحو ذلك فلا مانع من إنشاء الرضاء به و لا وجه لاعتبار خصوص لفظ أجزت أو أمضيت

و الحقّ فى الجهه الثانيه كفايه الفعل لأنّه كالقول مصداق الإنشاء الرّضا و إيجاد الاستناد فلو سلّم المالك المبيع إلى المشترى أو مكّنت الزّوجه نفسها من الزّوج أو تصرّف المالك فى الثّمن و هكذا فلا يحتاج إلى إجازه لفظيّه و ذلك واضح بعد ملاحظه أدلّه المعاطاه و باب الخيارات و أمّا الكلام فى الجهه الأولى فالأقوى عدم كفايه الرّضا الباطنى و اعتبار فعل أو قول ينشأ به الاستناد و ما ذكره المصنف شاهدا لكفايته لا يخلو من منع أمّا ما استظهره من النّصوص و الفتاوى ففيه نظر أمّا النّصوص فخبر السّكرانه لا يدلّ إلّا على كفايه تمكين الزّوجه لا على عدم اعتبار الإنشاء أصلا و خبر نكاح العبد فظاهر قوله ع سكوتهم عنك إقرار منهم بالنّكاح أنّ السّكوت عرفا كسكوت البكر إمضاء

و خبر التّوقيع و هو لا يحلّ مال امرئ لا يدلّ إلّا على جواز تصرّف الغير مع إذن المالك و رضاه لا على حصول التّمليك و التملّك بمجرد الطيب و أمّا الفتاوى فلا تدلّ إلّا على عدم اعتبار اللّفظ لا على كفايه كلّ شى ء حتّى الرّضا الباطنى كما أن مفاد لا يحلّ أيضا ليس إلّا اعتبار الرّضا لا عدم اعتبار شى ء آخر و المفروض أنّ الفضولى فاقد لأمرين طيب نفس المالك و استناد العقد إليه و قد ذكرنا ما يزيد توضيح ذلك فى أوّل بحث الفضولى

و بالجمله التمسّك بمثل هذه الأدلّه لكفايه الرّضا الباطنى مع عدم كفايه الكراهه الباطنيّه للردّ فى غايه الوهن و أمّا التمسّك بالعمومات فحاله كذلك لأنّ عقد المالك يصير عقدا له لو أنشأ الإمضاء و مجرّد رضاه باطنا لا أثر له بل يعتبر صدور ما هو مصداق للإمضاء منه كأجزت أو رضيت أو التصرّف فى المنتقل إليه أو تسليم المنتقل عنه و هكذا كل قول أو فعل كان مصداقا

للرّضا و الإمضاء و لا يبعد أن يكون مراد من اكتفى بالرّضا هو عدم خصوصيّه للفظ مخصوص بل المدار فى الإجازه هو اختيار ما أوجده الفضولى و ارتضاؤه إياه و قد تقدم أنّ الرّضا يطلق على معنيين أحدهما الاختيار و يتعدّى بالنّفس أو بمن و ثانيهما الطّيب المقابل للكراهه و يتعدى بالباء

هذا مع أنّه لو سلم ظهور الفتاوى فى كفايه الرّضا الباطنى إلّا أنّ الكلام فى صحّه

ما هو ظاهر الفتاوى مع عدم تحقّق الإجماع على كفايه مجرّد الطّيب ثم بعد اعتبار الاختيار فى العقد القاصر من حيث الاقتضاء كعقد الفضولى فهل يلحق به ما هو قاصر من حيث المانع كعقد الرّاهن و نحوه أو يكفى مجرّد طيب النّفس من المرتهن أو الغرماء الأقوى أنّه من قبيل القصور فى المقتضى لأن بعد تعلق الحقّ به يجب إسقاطه بالإجازه و أمثالها و الرّضا الباطنى ليس إسقاطا نعم لو استكشفنا فى مورد أن تعلّق الحق من باب احترام ذى الحق و رعايه شأنه كتوقّف العقد على بنت الأخ و الأخت على إذن العمّه و الخاله فالحق كفايه مجرّد رضاه و عليك بالتأمل فى أبواب العقود و المتتبع فى موارد الحقوق

[الثالث من شروط الإجازه أن لا يسبقها الردّ]

قوله قدّس سرّه الثالث من شروط الإجازه أن لا يسبقها الردّ إلى آخره

استدلّ قدّس سرّه على اعتبار عدم تخلّل الردّ بين العقد و الإجازه بأمور ثلاثه الأوّل الإجماع الثانى أن الردّ موجب لانحلال العقد فهو بمنزله ما يتخلّل بين الإيجاب و القبول ما يوجب خروجهما عن صدق العقد على ما ذكرنا فى شروط الصّيغه من أنّ التعاقد و التّعاهد بين الموجب و القابل و عدّ كلا منهما عقدا إنّما هو لارتباط كلام كلّ واحد منهما بالآخر و إلّا كانا إيقاعين فالردّ الواقع بين العقد و الإجازه بمنزله ردّ الإيجاب الواقع بين الإيجاب و القبول و بمنزله فسخ ذى الخيار كما أنّ الإجازه بمنزله إمضاء العقد و إنفاذه الثّالث أن مقتضى سلطنه المالك على ماله هو تأثير ردّه فى قطع علاقه الطّرف الآخر عمّا انتقل إليه و لكنّك خبير بأنّ الوجهين الأوّلين قابلان للمناقشه

أمّا الإجماع فتحقّقه ممنوع بل قد يقال بأنّه لا إشعار به فى كلمات العلماء إلّا كلام الشّهيد فى القواعد و على أىّ حال إذا كان مدرك الجمعين الوجهين الأخيرين أو احتمل ذلك فلا اعتبار به و أمّا كون الردّ بمنزله ما يتخلّل بين الإيجاب و القبول فممنوع أيضا لأنّ ردّ الموجب قبل القبول و هكذا ردّ القابل قبل قبوله لو قلنا بأنّه فى حكم ردّ الموجب قبل قبول القابل إنّما يكون مضرا لكونه إبطالا للعهد و العقد و أمّا ردّ المالك فهو لا يضرّ بصدق العقد

نعم العقد لا ينتسب إليه إلّا بعد الإجازه و لا يضرّ الردّ بالانتساب فأىّ مورد تحقّق الإجازه يتحقّق الانتساب و لو بعد الردّ و بالجمله فرق بين ردّ الموجب إيجابه قبل القبول و ردّ المالك عقد الفضولى قبل الإجازه فإنّ الردّ فى الأوّل يوجب بطلان العقد و معه لا يصدق المعاهده و المعاقده بخلاف الردّ فى الثانى فإنّه بعد تحقّق العقد من الفضولى و الأصيل لا يؤثر ردّ المالك فى إبطال العقد إلّا أن يضمّ إلى هذا الوجه الوجه الثّالث و يقال إنّ الردّ لما كان موجبا لرفع علاقه الطّرف كان موجبا لانحلال العقد و إذا انحلّ فلا تؤثر الإجازه بعده فالأولى البحث عن الوجه الثّالث

فنقول قد يقال إنّه ليس من أنحاء السّلطنه على المال السّلطنه على إسقاط عقد الفضولى عن قابليّه لحوق الإجازه فإنّه السّلطنه على الحكم لا على المال و ليس الردّ فى المقام كردّ أحد المتعاقدين قبل إنشاء الآخر فى كونه مبطلا لإنشاء الآخر لأنّ العقد فى المقام تام من طرف الفضولى فانتسابه إلى المالك يحتاج إلى الإجازه و أمّا ردّه فلا يبطل أثر العقد فله الإجازه بعد الردّ

هذا مع أنّه لا نسلّم حصول العلقه للطّرف الآخر حتى يكون الردّ قاطعا لها بل المال بعد بيع الفضولى باق بحاله و لم يتعلّق به حقّ الغير نعم للمالك أن ينقله إليه بالإجازه كما كان له أن ينقله إليه قبل بيع الفضولى و حاصل الكلام

أنّ للمالـك قبـل بيع الفضولى البيع و عـدمه و ليس له بعـد ذلك إلّا الإجازه و عـدمها و أمّا ثبوت أمر وجودى له و هو إلغاء بيع الفضولى عن التأثير بحيث لا يقبل الإجازه بعـد الردّ لا من نفسه و لا من وارثه إذا مات فلا دليل عليه و عموم السّـلطنه لا يقتضـى إلّا أنّ طرفى النّقيض بيده

و أمّـا ثبوت ضـدّين وجوديّين كما فى الخيار الـذى هو ملك إقرار العقـد و إزالته فلم يقم عليه دليل و لم يتصـرّف الفضولى فى ماله حتّى يكون له إبطاله فليس له إلّا السّـلطنه على الإجازه و عدمها و مثل هذا حكم شرعىّ و لا يعدّ من العلقه هذا مع أنّ قاعده السّـلطنه تقتضـى تأثير الإجازه بعد الردّ أيضا ثمّ إنّ هذا كلّه بعد تسليم عموم القاعده و أمّا لو قلنا بأنّها ليست مشرعه و لا تنفع إلّا فى نفوذ ما ثبت فى الشّرع جوازه فالتمسّك بها فى المقام لا أساس له أصلا للشكّ فى ثبوت هذه السّلطنه للمالك

هـذا محصّل ما أورده الأعلام الميرزا الرّشتى و المحقّق الخراسانى و السـيّد الطّباطبائى فى حواشـيهم على المتن و لكن الإنصاف عـدم ورود هـذه الإشـكالات عليه و إن أشار إليها أو إلى بعضـها بقوله قدّس سـرّه فتأمل أمّا مسأله كون إسـقاط العقد عن قابليّه لحوق الإجـازه من الأحكـام لا من الحقوق فهـذه دعوى لا شاهـد لها بل كونه راجعا إلى الحقوق الماليّه ظاهر فإنّ البيع من الغير من السّـلطنه الماليّه و ثبوتها للمالك بأدلّه نفوذ البيع أيضا واضـح فردّ البيع أيضا من أنحاء السّـلطنه و شـمول عموم القاعـده لهذا النّحو من السّـلطنه لا ينبغى الإشـكال فيه بل لو لم نقل بأنّ السّـلطنه على إسـقاط العقد من السّلطنه على المال بل هو من الأحكام الشّـرعيّه الثّابته للمالك كثبوت جواز البيع و الهبه و نحوهما له إلّا أنّه لا شـبهه أنّ هذا الّذى ثبت له شرعا إذا تحقّق منه ينفذ عليه و لا يمكنه حلّه و إيجاد ضـدّه فردّه عقد الفضولى كجواز البيع له فكا لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلك لا ينفذ منه إبطال ردّه بعد تحقّقه منه

و على هـذا فمعنى سـلطنته أن يكون كلاـ طرفى الإجـازه و الردّ راجعـا إليه فـإذا أعمـل أحـدهما فلاـ يبقى محلّ للآخر و ليسـت السّـلطنه عباره عن ملك الإجازه و عـدمها كما أفاده المحشون بل هى مثل سـلطنه ذى الخيار على الفسخ فى أنّ طرفيها وجودى أى له إقرار العقد و حلّه فلو ردّه تبطل المعامله بين المالين فإنّ كون طرفى العقد تحت سلطنه يقتضى أن يكون ردّه كإجازته غير قابل لطروّ ضدّه عليه

و بالجمله و إن لم يتصـرّف الفضولى فى ملك المالك و لم يتحقّق المنشأ بإنشائه فى عالم الاعتبار إلّا أنّه تحقّق منه المنشأ بنظره فإنّه أوقع التبديل بين المالين و مقتضـى السّـلطنه المطلقه الثّابته للمالك بمقتضى النّاس مسلّطون على أموالهم أن يكون له إبطال هذا الإنشاء و إلّا فيكون سلطنته قاصره و على هذا يؤثر ردّه كإجازته

نعم رد المرتهن بيع الرّاهن ليس موجبا لزوال أثر عقـده لأنّ المرتهن ليس له سـلطنه على العقد الواقع على المال و إنّما له استيفاء دينه من العين المرهونه و مجرّد العقـد عليهـا لاـ يكون مزاحمـا لهـذا الحقّ فيؤثر عقـد الرّاهن لو فك الرهانه و إن فسـخ المرتهن فينحصـر بطلان عقده ببيع المرتهن خارجا لأن به يذهب موضوع عقده و هكذا الحكم فى فسخ ذى الخيار فإنّ من عليه الخيار لو باع المال و قلنا بتعلّق الحق بالعين فلـذى الخيار ردّ العين إلى ملكه لا إبطال العقـد الواقع ممّن عليه الخيار فلو فسـخ عقده لا يؤثر فسخه نعم لو فسخ العقد الأوّل بطل الثّانى

و أمّا قولهم بأنا لا نسلّم حصول العلقه للطّرف حتى يكون

الردّ قاطعا ففيه أنّه و إن لم تحصل له العلقه شرعا لكنّها حصلت له عرفا فالردّ يبطل هذه العلقه هذا مع أنّ تأثير الردّ فی إبطال أثر العقد لا يتوقّف على تحقّق العلقه فعلا بل يكفی شأنيّه تحقّقها و لا شبهه أن عقد الفضول مادّه قابله للحوق الإجازه عليها بحيث لا تحتاج إلى إنشاء جديد و ليست الإجازه عقدا مستأنفا فالردّ مقابل للإجازه و هو يسقط العقد عن القابليّه

و أمّا دعوى أن قاعده السّلطنه متعارضه و كما أنّها تقتضی تأثير الردّ فی إبطال أثر العقد فكذلک تقتضی تأثير الإجازه بعد الردّ أيضا ففيه ما لا يخفى لأنّ بعد بطلان العقد بالردّ و ذهاب أثره به ليس هناک موضوع تؤثر الإجازه فيه

و توهّم دلاله الصّحيحه الوارده فی بيع الوليده على تأثير الإجازه بعد الردّ فی غير محلّه لما تقدم أنّه لم يعلم الردّ من مالک الوليده و مجرّد أخذ المبيع لا يكشف عن الردّ فإنّ الردّ عنوان إنشائی يتوقف تحقّقه على قول أو فعل كان مصداقا له و ليس أخذ الجاريه ردّا فعليا لإمكان أن يكون أخذها من باب التمسّک بالملكيّه الفعليّه الثّابته للمالک قبل الإجازه

و قد تقدم أيضا أنّه يمكن أن يكون الإمساک لأجل أخذ الثّمن لا لردّ بيع ابنه و بالجمله مجرّد إمساک المبيع ليس ردّا من مالكه فإنّه من مقتضی طبعه الأصلی و هو تصرف كلّ مالک فی ملكه و ليس مطلق التصرّف ردّا فعليا بل لو سلمنا أن تصرّف ذی الخيار فيما انتقل إليه إقرار للعقد و فيما انتقل عنه فسخ لكن تصرف المالک فی ماله فی المقام ليس كاشفا عن ردّه عقد الفضولی لعدم كونه كاشفا نوعيّا عنه و لا مصداقا فعليا منه لأن تصرف ذی الخيار فيما انتقل عنه تشبث بالملكيّه السّابقه فبه يتحقّق الفسخ و إلّا يكون تصرّفا فی مال الغير و لذا يتحقّق بكل فعل ينافی صدوره منه مع كون المال ملكا للغير كالعرض على البيع و العقد الفاسد و نحوهما و أمّا تصرّف المالک فی المقام فحيث إنّه فی ملكه و بمقتضی طبعه الأصلی فليس مصداقا للردّ

[الرابع الإجازه أثر من آثار سلطنه المالک على ماله]

قوله قدّس سرّه الرابع الإجازه أثر من آثار سلطنه المالک على ماله إلى آخره

محصّل ما أفاده فی هذا التّنبيه أنّ ثبوت الإجازه للمالک و تأثيرها منه ليس من قبيل ثبوت الخيار لذی الخيار من الحقوق القابله للإسقاط و الانتقال إلى الغير بموت و نحوه بل هو من الأحكام الشّرعيّه الثّابته للمالک كجواز البيع و الهبه و الصّلح و نحو ذلک له فكما أنّ للمالک بيع ماله ابتداء مباشره أو توكيلا فكذلک له أن يجيز ما وقع عليه فضولا و على هذا فلو مات المالک لم تورث الإجازه لأنّها ليست ممّا تركه الميّت

نعم لمن انتقل إليه المال إجازه بيع الفضولی بناء على جواز المغايره بين المالک حال العقد و المالک حال الإجازه و لكن لا من باب إرث الإجازه بل من باب إرث المال و على هذا فمن لا ينتقل إليه المال بموت المالک حال العقد ليس له الإجازه و بالجمله الفرق بين إرث الإجازه و إرث المال ظاهر فإنّه على الأوّل يكون كإرث الخيار فيشترک جميع الورثه فيها حتّى من ليس له نصيب من المال كالزّوجه فی بعض الموارد على أشهر الأقوال كما سيجی ء إن شاء اللّه فی أحكام الخيار بخلاف الثّانی فإنّها ليست للزّوجه

[الخامس إجازه البيع ليست إجازه لقبض الثّمن و لا لإقباض المثمن]

قوله قدّس سرّه الخامس إجازه البيع ليست إجازه لقبض الثّمن و لا لإقباض المثمن إلى آخره

البحث فى هـذا التّنبيه يقع من جهـات الأولى أنّه لاـ ملاـزمه بين إجـازه البيع أو الشّـراء و بين إجـازه قبض الثمن أو المثمن و لا لإقباضهما و ذلك لعدم جريان دلاله الاقتضاء فى العقود الّتى لم يكن القبض جزء المؤثر و لا شرطا لصحّتها نعم فيما كان

كـذلك كبـاب الصّـرف و السّـلم و باب الوقف و الرهن و الهبه فإجازه العقـد إجازه للقبض أيضا بل يمكن أن يقال باختصاص ذلـك ببـاب الصّـرف و السّـلم فـإن حكم القبض فيهمـا حكم الإيجاب و القبول و لـذا لو أقرّ بالبيع فإقراره به إقرار بجميع أجزاء العقـد و هـذا بخلاف باب الوقف و نحوه فإنّه لو قال وقفت الـدار لا يحكم بأنّه أقرّ بإقباضه الـدار نعم لو أقرّ بأنّ هـذا الدار وقف يحكم بالقبض أيضا و الفرق واضح

و بـالجمله لاـ ملاـزمه بين إجـازه البيع و إجازه القبض مطلقا الثّانيه هل القبض أو الإقباض قابل للإجازه أم لا قـد يقال بأنّ الفعل الخـارجى لاـ ينقلب عما هو عليه بالإجازه و لكنّك خبير بأنّ الفعل لا ينقلب عمّا هو عليه بالنّسـبه إلى الآثار الماضـيه و أمّا الآثار الباقيه فبالإمضاء و الإجازه يمكن أن يؤثر فيها نعم لو قيل بأنّ النّزاع فى الكشف و النّقل لا يجرى فى إجازه القبض و الإقباض بل لاـ بـدّ من الاـلتزام بالنّقـل لكان فى محلّه فالصّواب أن يقال إنّ البحث يقع تاره فى قابليّه القبض و الإقباض للإجازه و أخرى فى جريان نزاع الكشف و النّقل فيها ثم إنّ البحث تاره فى قبض العين الشخصـيّه و أخرى فى الكلّى أمّا الثانى فالحقّ عـدم الفرق فيه بين الكلّى و الشّخصى لا لعموم أدلّه الفضولى حتى يمنع عنه كما فى المتن بل لعموم أدلّه الوكاله فكما أن لنفس المالك تعيين الكلّى فى الشـخص و جعـل الشّـخص مصـداقا لما فى الـذمّه فكـذلك لوكيله أو المأذون من قبله ذلك فلو أجاز قبض الكلّى أو إقباضه فلا مانع من تأثير الإجازه و صيروره الكلّى مشخّصا فى المقبوض

و أمّـا البحـث الأـوّل فأصـل تـأثير الإجـازه فيهمـا لاـ ينبغى الإشـكال فيه من غير فرق بين وقـوع أصـل المعـامله بين المـالكين أو الفضـوليّين أو المختلفين مثلاـ لـو أجـاز المالـك الّـذى بيع مـاله فضولاـ قبض هـذا الفضولى أو الفضولى الآـخر ثمن مـاله كـان الفضولى وكيلاـ فى قبض ماله فيكون بمنزله نفسه فى قبض الثّمن و لو أجاز إقباض الفضولى المبيع إلى المشترى كان وكيلا من قبله

و على أىّ حال القبض و الإقباض لا يعتبر فيهما المباشره فلا مانع من تأثير الإجازه فيهما نعم لا يجرى فيهما نزاع الكشف و النّقل لأـنّ الإجـازه المتعلّقه بهمـا كالإجازه المتعلّقه بالعقود الإذنيّه تؤثر من حينها فلو وقع التّلف بين القبض و الإجازه فلا يمكن أن لا يؤثر هـذا التّلف فى الانفسـاخ لتعقّب القبض بالإجازه بل لا يبقى محلّ للإجازه نعم لو تلف المبيع بعـد الإجازه خرج عن ضـمان البائع لأنّ بالقبض ينتقل الضّمان و ينقلب المعاوضى منه إلى الضّمان بالمثل و القيمه كما سيجى ء فى محلّه

و بالجمله لا إشـكال فى تأثير الإجازه فى القبض و الإقباض و يكونان بمنزله تحقّقهما من المالك لا لما أفاده المصـنف فى وجه ذلك من أنّ مرجع إجازه القبض إلى إسـقاط الضّـمان عن عهـده المشترى فإن هذا إنّما يصحّ لو قلنا بأنّ ضـمان المشترى الثمن بمقتضـى القاعده أى من باب الشّـرط الضّمنى فيكون إجازه البائع قبضه إسقاطا للشّرط و أمّا لو قلنا بأنّه من باب التعبّد الثّابت فى المثمن و تسـريته إلى الثّمن من بـاب جعـل المبيع مثالاـ فى قوله ع كـلّ بيع تلف قبـل قبضه فهو من مال بائعه فيمكن منع شـمول النصّ لقبض الفضولى لأنّه لا أثر لإسـقاط الضّـمان و لو صـرّح به المالك فإنّه بناء على هـذا يكون تلف المبيع على البائع حكما تعبّديا غير قابل للإسقاط بل الوجه فيه هو ما ذكرناه من أنّ مرجع الإجازه إلى التوكيل

و على أىّ حال فلا بدّ

من الالتزام بالنّقل و ليست الإجازه فى جميع الأبواب قابله لنزاع الكشف و النّقل فيها و لذا التزم المحقّق الثّانى مع توغّله فى الكشف بالنّقل فى إجازه المرتهن و ما التزم به فى مسأله الرّهن و إن لم يصحّ كما تقدم وجهه و هو أنّ الإجازه ترجع إلى العقد و العقد قابل لأن ينقلب بالإجازه إلّا أنّه يصحّ فى مسأله الفعل فإنّه بالإجازه لا ينقلب عمّا هو عليه و السّر فى ذلك هو ما تقدم الإشاره إليه سابقا من أنّ تأثير الإجازه فيما قبلها إنّما هو فى الأمور الاعتباريّه لا الأمور التّكوينيّه فإنّها لا تكون مراعى برضاء أحد و إجازته

الثالثه قد ظهر أنّه لو كان القبض جزء المؤثر من العقد فإجازه العقد إجازه له أيضا و لكن هذا يصحّ لو كان المجيز عالما بذلك و أمّا فى صوره الجهل فلا تتمّ دلاله الاقتضاء ثمّ إنّ تماميّه دلاله الاقتضاء فى صوره العلم إنّما هو فيما لو يعقّب إجازه العقد بما ينافى صحّته فلو قال أجزت العقد دون القبض يبطل العقد و لا وجه لاحتمال لغويّه ردّ القبض و إلّا لجرى ذلك فى الشرط المنافى لمقتضى العقد مع أنّهم لا يلتزمون بلغويّته بل يحكمون بأنّه مفسد للعقد بلا إشكال و إنّما يكون نزاعهم فى الشرط الفاسد من جهه أخرى فى أنّه هل مفسد للعقد مطلقا أو لا مطلقا أو التّفصيل بين الموارد

و السرّ فى ذلك هو أنّ الأخذ بظاهر الكلام إنّما هو بعد فراغ المتكلّم عن كلامه و أمّا ما دام متشاغلا به فله أن يلحق به ما يخرجه عن الظّهور التصوّرى فإذا عقّب العقد بما ينافيه كقوله بعتك بلا ثمن أو قوله أجزت العقد دون القبض بطل و احتمال الغويّه المنافى لا وجه له مع أنّ الكلام تدريجىّ و ذكر الثمن و توابع العقد كالشّروط ينشأ تدريجا

[السادس الإجازه ليست على الفور للعمومات]

قوله قدّس سرّه السادس الإجازه ليست على الفور للعمومات إلى آخره

لا يخفى أنّ الموارد الّتى يقال فيها بالفوريّه كخيار الغبن و الشّفعه و نحوهما إنّما يقال بها فيها لأنّ الطّبع مجبور على دفع ما يكرهه و الأخذ بما يحبّه فإذا لم يعمل الخيار مع علمه بثبوته فلا محاله إمّا مقدم على الضّرر أو مسقط لحقّه و هذا المعنى لا يجرى فى الفضولى فلا وجه لأن يكون فوريّا هذا مع دلاله صحيحه محمّد بن قيس على جواز التّراخى

ثم لو لم يردّ و لم يخبر فهل للأصيل إلزامه بأحد الأمرين أو له الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو مخيّر بين الأمرين أو ليس له حقّ أصلا وجوه ثم إنّ هذه الوجوه هل تجرى على القول بالكشف أو مطلقا وجهان و الصّواب ابتناء الجهه الأخيره على ما اختاره المصنف قدّس سرّه و ما اخترناه فعلى ما اختاره قدّس سرّه من جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النّقل تختص بالكشف لأنّه بناء على النقل لا يتضرّر الأصيل و أمّا بناء على المختار من عدم جواز تصرّف الأصيل لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه مطلقا و لو بناء على النّقل فتجرى على كلا المسلكين

و أمّا الجهه الأولى فإجبار المالك على أحد الأمرين من الإجازه أو الرّد فرع ثبوت حق للأصيل على المالك و ثبوت حق له عليه ممنوع و لا يمكن قياس المقام على الخيارات فإنّ فى ذاك الباب الالتزام بالمعاوضه يقتضى أن يكون لمن عليه الخيار إلزام

ذى الخيـار بالفسـخ أو الإجـازه لو تضـرّر بممـاطله من له الخيـار و فى المقـام ليس بين المالك و الأصـيل إلزام و التزام فلا وجه لثبوت حق الإجبار بين الردّ و الإجازه للأصيل فالوجه الأوّل لا وجه له

و أمّا الوجه الثّانى فمـدركه أنّ الجزء الأخير من العلّه التامّه لتضـرّر الأصـيل هو لزوم العقـد عليه فإذا انتفى اللّزوم يكون له الخيار بين الفسـخ و الإمضاء و لكن يشـكل هذا فى باب النّكاح فإنّ ثبوت الخيار لأحد الزّوجين فى غير الموارد المنصوصه مشـكل لما بيّنا فى محلّه أنّ لزوم

النّكاح حكميّ و لذا لا يصحّ جعل الخيار فيه و لا يجرى فيه الإقاله

و أمّا الوجه الثالث و هو تخيير الأصيل بين إلزام المالک بأحد الأمرين من الإجازه و الردّ و بين اختيار الفسخ أو الصّبر فلتوهّم أنّ سلطنه المالک على ماله و لزوم العقد كليهما ضرر عليه فإذا ارتفعا بقاعده نفى الضّرر ثبت التّخيير له بين فسخ العقد و الصّبر و بين إجبار المالک على أحد الأمرين و لكنّه فاسد لأنّ نفس سلطنه المالک فى حدّ ذاتها ليست موجبه لضرر الأصيل و إنّما الموجب له و الجزء الأخير من العلّه التامّه له هو لزوم العقد من طرفه فلا بدّ أن يكون المنفى خصوص اللّزوم

و أمّا الوجه الرابع فلتوهّم إقدام الأصيل على الضّرر فلا يكون له حق أصلا لأنّه كان يحتمل أن لا يقدم المالک على الردّ أو الإجازه بل يبقى المعامله معلّقه و مع احتماله ذلک فالضّرر يستند إليه لا إلى لزوم العقد كما سيجى ء فى باب خيار الغبن أن احتمال الغبن موجب لعدم ثبوت الخيار للمغبون و فيه أنّ هذا مختصّ بالاحتمال العقلائى و هذا لا يتطرّق فى باب الفضولى فإنّ المالک بحسب طبعه الأصلى أمره دائر بين الإجازه و الردّ و أمّا إبقاء المعامله معلّقه فاحتماله بعيد فلا وجه لعدم ثبوت الخيار

[السّابع هل يعتبر فى صحّه الإجازه مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا]

قوله قدّس سرّه السّابع هل يعتبر فى صحّه الإجازه مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا إلى آخره

لا يخفى أنّ ما اختاره قدّس سرّه من عدم اعتبار مطابقه الإجازه للعقد الواقع عموما أو خصوصا بحسب الأجزاء هو الحقّ بحسب القواعد لأنّ حكم الإجازه حكم البيع ابتداء فكما يجوز للمالک بيع بعض ماله ابتداء فكذلک يجوز له إجازه بعضه و قياس المقام على مسأله الفسخ بالخيار فى عدم جواز التّبعيض فى إعماله إلّا فى مختلفى الحكم قياس مع الفارق بل المقام نظير البيع الابتدائى و ذلک لأن فى باب الخيار إنّما نقول بعدم جواز الفسخ فى بعض أجزاء المبيع إذا كانت متّفقى الحكم من جهه أنّ الحقّ لا يتبعّض إلّا إذا كان متعلّقه متعدّدا ابتداء أو طرأ عليه التعدّد كما إذا انتقل إلى الورثه

و أمّا المبيع الواحد الشّخصى كحيوان خاصّ فليس لذى الخيار إعمال الخيار فى بعضه لأنّ العقد على الحيوان الشّخصى لا ينحلّ إلى عقود متعدّده و لا يقع نصف الثمن بإزاء نصف المبيع مثلا فملاک جواز الفسخ بالنّسبه إلى البعض هو انحلال العقد إلى عقود متعدّده من حيث اختلاف أجزاء المبيع فى الحكم كما إذا كان مالكها مختلفا أو كان بعضها ممّا لا يقبل التملّک أو كان بعضها حيوانا و بعضها غير حيوان و نحو ذلک

و أمّا ملاک الإجازه فهو بعينه ملاک البيع الابتدائى فيجوز للمالک جعل المبيع متعدّدا بحسب الإجازه فيجيز فى بعضه حتّى يصير للمجاز له و يرد فى بعضه حتى يبقى على ملكه فيتعدّد مالكه و بالجمله لم يقم دليل على المنع من جعل المبيع متعدّدا من حيث الحكم و ليس جواز الإجازه و الردّ للمالک كثبوت الخيار له الّذى هو من الحقوق لأنّه من الأحكام و من آثار السّلطنه على المال فيجوز له تنفيذ عقد الفضولى بالنّسبه إلى بعض متعلّقه غايه ما فى الباب أنّ الإجازه فى البعض تخالف الشّرط الضّمنى و هو انضمام بعض أجزاء المبيع إلى الآخر

فالصّواب ابتناء مسأله مخالفه الإجازه للعقد بالنّسبه إلى بعض المبيع على مخالفتها له من حيث الشّرط فينبغى تحرير حكم الشّرط أوّلا ثم إلحاق الجزء به ثانيا فنقول الشّرط تاره يقع فى ضمن العقد و أخرى فى ضمن الإجازه و على الأوّل فتاره يكون للمالك على الأصيل و أخرى للأصيل على المالك فلو كان للمالك

فلا إشكال فى صحّه إجازه العقد بلا شرط على ما هو التّحقيق من أنّ الشّرط فى ضمن العقد لا يوجب التّعليق بل هو التزام فى التزام فلو أجاز المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضه و لم يجز التزام الأصيل بالشّرط على نفسه بل تجاوز عنه فلا ينبغى الإشكال فى أنّ له ذلك لتجاوزه عن حقّه الّذى التزم به الأصيل على نفسه و أمّا لو كان للأصيل على المالك فأجاز العقد بلا شرط فالأقوى صحّه العقد و ثبوت الخيار للأصيل لأنّ المقام نظير تعذّر الشّرط الواقع بين الإيجاب و القبول الّذى يكون ضميمه لأحد العوضين فكما أنّ تعذّره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنّه و إن لم يتعذّر خارجا إلّا أنّ امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزله التعذّر و لا وجه لبطلان العقد إلّا على القول بالتّقييد و الإناطه و الحق عدمه و لذا نقول بأنّ الشّرط الفاسد غير مفسد للعقد إلّا إذا صار موجبا لاختلال أحد أركان العقد

و بالجمله هنا مسائل ثلاث ينبغى أن يكون حكم الجميع واحدا الأولى تعذّر الشّرط خارجا الثّانيه تعذّره شرعا كالشّرط المخالف للكتاب و السنّه و الثّالثه مقامنا هذا و هو عدم رضا المالك بالشّرط و لا وجه للحكم ببطلان العقد بمجرّد عدم مطابقه الإجازه له هذا إذا كان الشّرط فى ضمن العقد و أمّا إذا كان العقد مجرّدا و أجاز مع الشّرط فالشّرط أيضا تاره على المجيز و أخرى على الأصيل فلو كان على نفسه فلا إشكال فى حكمه و أمّا لو كان على الأصيل أى الطّرف فتاره يرضى به و أخرى لا يرضى به فلو رضى به فلا ينبغى الإشكال أيضا فى صحّته لأنّ الحقّ بينهما غايه الأمر أنّه من الشّروط الابتدائيّه لأنّه لم يقع فى ضمن العقد فيبتنى لزومه على لزومها

و على أىّ حال صحّه الإجازه لا إشكال فيها لمطابقتها لأصل الالتزام العقدى بل قد يقال بأنّه إذا رضى الأصيل بالشّرط فيخرج عن الشّروط الابتدائيّه و يدخل فى الشّروط الواقعه فى ضمن العقد و لكنّه غير وجيه لأنّ مجرّد الرّضا لا أثر له بل لو صرّح بقوله رضيت بذلك لا يدخل فى الشّروط الواقعه فى ضمن العقد لأنّها هى الّتى تقع بين الإيجاب و القبول لا بعد تماميّه العقد بل لو وقعت بين الإيجاب و القبول و لم تكن ضميمه لأحد العوضين لا تخرج من الشّروط الابتدائيّه و سيجى ء إن شاء اللّه فى باب الشّروط أنّ منشأ عدم لزومها عدم تحقّق ملزم لها لكونها فى حكم الهبه الغير المعوّضه و أمّا لو لم يرض به الطّرف فحكمه حكم تعذّر الشّرط و لا وجه لبطلان الإجازه فعلى هذا لا وجه لما أفاده المصنف قدّس سرّه من قوله أقواها الأخير

[القول فى المجيز]

اشاره

قوله قدّس سرّه و أمّا القول فى المجيز فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور إلى آخره

الكلام فى المسائل المتعلّقه بشرائط المجيز من جهات الأولى أن يكون جائز التصرّف حال الإجازه الثّانيه فى اعتبار وجود المجيز الفعلى حال العقد و عدمه الثّالثه لو قيل باعتبار وجوده فهل يشترط أن يكون جائز التصرّف حال العقد أم لا ثم عدم جواز تصرّفه إمّا لتعلّق حقّ الغير بماله و إمّا لكونه غير مالك ثم صار مالكا حال الإجازه

أمّا الجهه الأولى فاشتراط جواز تصرّف المجيز

فيمـا يتعلّق إجـازته به حـال الإجازه من القضايا الّتى قياساتها معها لأنّ حكم الإجازه حكم البيع الابتـدائى فيشترط فيها ما يشترط فيه من البلوغ و العقـل و الرّشـد و هكـذا فلو باع الفضولى ما تعلّق به حقّ الغرماء أو المرتهن فإجازه المفلّس أو الرّاهن بنفسـها لا تؤثر سواء قلنا بالكشف أم النّقل و سواء تعلّق حق الغير

بمال المجيز قبل العقد أم بعده و توهم الفرق بين الكشف و النّقل فاسد كما تقدم وجهه و هو أن تأثير الإجازه مع تصرف المجيز بما ينافى الإجازه دور واضح فإنّ بطلان تصرّفه يتوقّف على تأثيرها و تأثيرها يتوقّف على بطلانه و لا عكس فإن تصرّفه وقع من أهله فى محلّه فإرهان المالك المبيع قبل الإجازه يوجب عدم تأثير الإجازه و السرّ فى ذلك هو ما ذكرناه من أنّ الإجازه كالبيع الابتدائى و ثبوت الإجازه للمجيز و نفوذها منه إنّما هو حكم شرعىّ من آثار السّلطنه على المال فإذا كان المالك ممنوعا من التصرّف فى ماله فهو ممنوع من الإجازه أيضا فلا يقاس مسأله الإجازه على مسأله إعمال الخيار من المفلّس و المريض لأنّ الخيار حقّ مستقلّ فى عرض المال و لا يدور مدار جواز التصرف فى المال فالمنع من التصرّف فيه لا يلازم المنع من إعمال الخيار و هذا بخلاف الإجازه فإنّها تابعه للملك و حكم شرعىّ يدور مدار السّلطنه على المال

و أمّا الثّانيه فالأقوى عدم اعتبار وجود مجيز فعلىّ نافذ الإجازه حال العقد

فلو بيع مال اليتيم بلا مصلحه له أو زوّج مع عدم وجود الأب و الجدّ و لا الوصىّ من قبلهما فلا مانع من صحّه العقد بحيث إذا بلغ أجازه لأنّه لم يقم دليل تعبّدى على اعتبار وجود المجيز حال العقد فى نكاح الصّغير بل الدّليل على خلافه فإنّ الأخبار الوارده فى تزويج الصّغار فضولا ـ لو لم تكن ظاهره فى مورد عدم وجود المجيز على ما هو منصرفها فلا أقلّ من إطلاقها و لا تقتضى القاعده أيضا اعتبار وجود المجيز لأنّ أهليّه العقد و شأنيّته لإلحاق الإجازه به تكفى لصحّته

فقول العلّامه بأنّ صحّه العقد و الحال هذه ممتنعه و إذا امتنع فى زمان امتنع دائما لا وجه له صغرى و كبرى أمّا الصّغرى فلأنّه لا وجه لامتناعه إلّا إذا كان مفاد عقد النّكاح أو البيع هو تحقّق المنشأ حين الإنشاء و أمّا إذا لم يكن مفاد العقد إلّا أصل الإنشاء فكلّ زمان تحقّقت الإجازه تتمّ أركانه و أمّا الكبرى فلأن وجه امتناعه فعلا ليس من باب اختلال أحد أركان العقد كشرائط الصّيغه و العوضين بحيث إذا امتنع العقد من جهه اختلال شرطه امتنع دائما بل من جهه عدم وجود المجيز فعلا فلو وجد بعد ذلك من له أهليّه الإجازه و أجاز لصحّ من حين الإجازه

و أمّا الثّالثه فتنقيحها فى ضمن مسائل

اشاره

لأنّ جهه عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد إمّا واقعىّ و إمّا وهمىّ و الواقعىّ على قسمين قسم يكون منشأ عدم جواز تصرّفه فى متعلّق العقد تعلّق حقّ الغير به كحقّ المرتهن و الديان و قسم يكون منشأه عدم كونه مالكا حال العقد مع صيرورته مالكا بعده إمّا بإرث أو اشتراء كمن باع مال أبيه ثم مات أبوه بعد العقد و انتقل المبيع إليه أو باع مال غيره ثم اشتراه و أمّا الوهمىّ فهو كما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف إمّا لملك أو ولايه كمن باع مال أبيه بزعم كونه حيّا فبان كونه حال العقد ميّتا أو مال الصّغير مع اعتقاد كونه أجنبيّا فبان كونه وليا أو مأذونا أمّا المسأله الأولى فهى الّتى عنونها المصنف قدّس

سرّه بقوله

الأولى أن يكون المالک حال العقد هو المالک حال الإجازه

لکن المجیز لم یکن حال العقد جائز التصرّف لحجر

و البحث فیها یقع من جهات الأولی فی أصل صحّه بیعه و الثّانیه فی احتیاجه إلی الإجازه بعد ارتفاع حجره و عدمه و الثّالثه فی جریان نزاع الکشف و النّقل فی رافع الحجر و عدمه أمّا صحه بیع

مـا تعلّق به حق الغير فلا ينبغى الإشكال فيها سواء باعه نفس المحجور عليه أم باعه غيره فضولا لما عرفت من عـدم اعتبار وجود مجيز حال العقد فضلا عن المقام الّذى له مجيز شأنىّ

و لا يقال إنّه لو وقع البيع عن المحجور عليه لوقع فاسـدا لكونه ممنوعا عن التصـرّف لأنّا نقول هـذا من أحد أدلّه القائلين ببطلان الفضولى و قد عرفت ضـعفه صـغرى و كبرى أمّا الصّغرى فلأنّ مجرّد إجراء العقد على متعلّق حقّ الغير ليس تصرّفا و أمّا الكبرى فلمنع الملازمه بين حرمه التصـرّف و فسـاد البيع بـل يكون البيع مراعى بإجـازه من له الحقّ كتصـرّف من عليه الخيـار فإن نفوذه يتوقف إمّا على انقضاء مدّه الخيار أو إسقاط ذى الخيار خياره

و بـالجمله عقـد الرّاهن و المفلّس ليس أسوأ حالا من عقـد الفضولى و من عليه الخيار فأصل الصّحه لا إشـكال فيه و التّفصـيل الّذى اختاره بعض من قارب عصـر المصنف بين بيع المرتهن و الرّاهن من الحكم بالصّحه فى الأوّل و الفساد فى الثّانى معللا بأنّ الأوّل داخل فى الفضولى و الثّانى فى من عصـى اللّه لتصرّفه فى حق المرتهن لا وجه له و سـيجى ء تفصـيل ذلك فى بيع العين المرهونه نعم التّفصـيل بين البيع و العتق من كونه مراعى بإجـازه المرتهن أو فكّ الرهانه فى الأوّل و ملزما على العتق له وجه فإنّ العتق لا يمكن أن يكون موقوفا على الإجازه

هـذا مضافـا إلى أنّ الإجـازه إنّمـا تؤثر فيمـا يؤثّر الردّ فيه و ردّ الحرّ إلى الرقّ غير ممكن و تأثير العتق من الرّاهن حيث إنّه مالك للعين لا إشـكال فيه خصوصا مع كون العتق مبنيا على التّغليب فلا بـدّ إمّا من لزوم أداء الدّين و فكّ الرّهانه على الرّاهن و إمّا من استسـعاء العبد فى فكاك رقبته بفكّ الرهانه و سـيجى ء فى اشتراط كون الملك طلقا الإشـكال فى جريان نزاع الكشف و النّقل فى عتق المالك العين المرهونه و وقفها فإنّ كونهما معلّقا على الإجازه مشـكل و القول بالنّقل فى خصوصـهما أشكل و صحّتهما و نفوذهما بدون إجازه المرتهن بعيد و رجوع العين عن الحريّه و هكذا خروجها عن الوقفيه بردّ المرتهن أبعد

و لكن الّـذى يهوّن الخطب أنّه لا مانع من تعليقهما على أمر كما فى مسأله الاستيلاد فى العتق و مسأله القبض فى الوقف و تمام الكلام فى محلّه و أمّا احتياجه إلى إجازه المحجور عليه بعـد ارتفاع حجره فالأقوى عـدمه لأنّه لم يكن مانع عن الصّحه إلا تعلّق حق الغير به فـإذا وقع العقـد من نفس المحجور عليه و المفروض ارتفـاع المـانع إمّـا بـأداء الرّاهن أو المفلّس دينه و إمّا بإسـقاط المرتهن أو الغرماء حقّهم و إمّا بانقضاء مدّه الخيار أو إسـقاط ذى الخيار حقّه فى تصرّف من عليه الخيار فلا موجب لإجازته لأن بعد رفع الحجر تمّ أركان العقد نعم لو وقع العقد من الفضولى فلا شبهه فى توقّفه على إجازه المالك بعد ارتفاع حجره

و أمّا جريان نزاع الكشف و النّقل فى مثل إسـقاط المرتهن و ذى الخيار حقّهما و مثل فكّ الرّهن و انقضاء مدّه الخيار فقد تقدّم أنّ ظـاهر المحقّق الثانى مع توغّله فى الكشف عـدم جريانه فى أمثال ذلك بل لا بـدّ من القول بالنّقل فإنّه قـدّس سرّه و إن ذكر ميزانـا تامّـا فيمـا يجرى فيه النّزاع و ما لا يجرى كما أشـرنا إليه إلّا أنّه قـدّس سـرّه فى مقام الصّـغرى عـدّ مثل مسأله الفكّ ممّا لا يجرى فيه النّزاع و لكن الأقوى أنّ حكم فكّ الدّين حكم الإجازه فى أنّه ليس ممّا يعتبر فى الانتقال بل هو متمّم للعقد

و لا يقال إنّ مفاد أسقطت الدّين و هكذا لازم أداء الدّين ليس إلّا سقوط الدّين حين الإسقاط أو الأداء لا حين العقد لأنّا نقول و

إن كان الأمر كذلك إلّا أنّ النّزاع ليس فى مفاد

الإسقاط و لازم الأداء و إلّا لا يجرى النّزاع فى الإجازه مع أن مفادها ليس الإجازه من حين العقد بل النّزاع إنّما هو فى أنّ الإسقاط مثلا هل يرجع إلى العقد من حين الإسقاط أو من حين العقد كالنّزاع فى الحكم الشّرعى فى الإجازه من أنّها كاشفه لرجوعها إلى تنفيذ ما وقع سابقا أو ناقله لتحقّقها من الحين

نعم لا يبعد أن يكون منشأ قياس سقوط الدّين و نحوه على القبض فى الصرف و السّلم دون الإجازه هو أنّ الإجازه لا دخل لها فى تتميم الملكيه و إنّما هى لاستناد المنشأ إلى المالك و حيث تحقّق ما أنشأه الفضولى حين العقد يمكن أن تكون الإجازه كاشفه و أمّا إسقاط المرتهن حقّه أو فك الراهن و نحوه فليس إلّا متمما للمنشإ لأنّ المال كأنّه بحسب الكيفيّه و السّلطنه مشترك بين الرّاهن و المرتهن فيكون كاشتراكه بين الشّخصين بحسب الكميّه فكما أنّه إذا باع أحد الشريكين حصّته فى زمان و باع الآخر حصّته بعد ذلك انتقل جميع المال إلى المشترى حين بيع الشريك الثّانى فكذلك إذا باع الرّاهن لا ينتقل المال إلى المشترى إلّا حين إسقاط المرتهن حقّه لأن إسقاطه ليس تنفيذا لبيع الرّاهن و لا نظر له إليه بل مرجعه إلى التّجاوز عن حقّه المتعلّق بالمال بحسب الكيفيّه

و يتفرّع على هذا احتياج عقد الراهن بعد إسقاط المرتهن حقّه إلى إجازه الرّاهن بعده لأنّه من صغريات من باع شيئا ثم ملكه لأنّ السّلطنه المشتركه بينهما ترجع كلّها إلى الرّاهن بعد السّقوط و حيث ملكها ملكا جديدا يحتاج إلى الإجازه و لكنّك خبير بفساد القياس على القبض لأنّ عقد الرّاهن تامّ من حيث المنشأ و مسند إلى مالك المال حين الإنشاء و إنّما المانع عن نفوذه تعلّق حقّ الغير به فإذا سقط حقّه انكشف تأثير العقد حين صدوره بناء على القول بالكشف و ليس للمرتهن شركه فى المال لا كما و لا كيفا غير أنّ المال مخرج لدينه و وثيقه عليه و هذا غير قابل لأن يملكه الرّاهن حتى يكون المال من أفراد ما باعه غير مالكه ثم اشتراه فيحتاج إلى الإجازه لأن هذا المعنى و هو كون المال مخرجا للدّين معنى لا يمكن أن يقوم بغير صاحب الدّين و يستحيل أن ينتقل إلى شخص الرّاهن

و بالجمله النّزاع فى الكشف و النّقل يطّرد فى هذه الأمور و إنّما لا يجرى فى خصوص ما كان المتأخّر جزء المؤثر للعقد لا فيما يتوقّف مؤثريّته عليه و سيجى ء فى بيع العين المرهونه مزيد توضيح لذلك

و أمّا المسأله الثانيه [من باع شيئا ثم ملك]

و هى عدم كون المجيز مالكا حال العقد مع كونه مالكا حال الإجازه إمّا بالاشتراء و نحوه و إمّا بالإرث فالبحث فيها يقع أيضا من جهات الأولى هل فرق بين ما إذا قصد البيع لنفسه و ما إذا قصده للمالك أو لا فرق بين الصّورتين الثّانيه هل يتوقّف صحّه عقده على إجازته مطلقا أو لا يتوقّف عليها مطلقا أو تفصيل بين الصّورتين الثالثه فى جريان نزاع الكشف و النّقل و أنّ الكشف فى المقام هل هو الكشف فى سائر المقامات و هو الكشف عن تحقق الملك حين العقد أو هو بمعنى آخر و توضيح جميع الجهات إنّما هو فى ذيل شرح ما فى المتن

قال قدّس سرّه أمّا المسأله الأولى فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقّق فى باب الزّكاه إلى آخره

و حيث إنّه لا إشكال ظاهرا فى صحّه ما إذا قصد البيع للمالك عنوان المصنف قدّس سرّه ما إذا قصد البيع لنفسه ثمّ اشتراه من مالكه فأجاز لأنّه إذا صحّ هذه الصوره فصحّه ما إذا قصده للمالك أولى و يظهر من المحقّق فى المعتبر صحّتها و توقّفها على الإجازه و من الشّيخ على ما استظهره المحقّق صحّتها و عدم توقّفها عليها لأن المحقّق قاس بيع المال الزكوى على

مسأله من باع شيئا ثم ملك و اختار أنّ اغترام المالك حصّه الفقراء بمنزله الملك الجديد فيحتاج إلى الإجازه و نسب إلى الشيخ عدم توقّف صحّه بيع المال الزكوى إذا اغترم المالك إلى الإجازه فلازم كلام المحقّق حيث جعل المسألتين من باب واحد أنّ الشّيخ قائل بعدم توقف مسأله من باع شيئا ثم ملك إلى الإجازه و لكنّك خبير بأنّ هذا الاستظهار إنّما يتمّ على بعض الوجوه

و توضيح ذلك أنّهم اختلفوا فى كيفيّه تعلّق الزكاه بالمال الزّكوى فقيل إنّه لا يتعلّق حقّ للفقراء بالعين أصلا و إنّما يتعلّق النّصاب بذمّه المالك و قيل إنّ الفقير شريك مع المالك فى العين ثم إنّ القائلين بالشركه اختلفوا بين كونها على الإشاعه و على نحو الكلّى فى المعيّن و الثّمره بين القولين إنّما يظهر فى صوره تلف مقدار من المال الزكوى فعلى الإشاعه التّلف يجب على المالك و الفقير كليهما و على الكلّى فى المعيّن إنّما يحسب على المالك و قيل بتعلق حقّ الفقراء بالعين و القائلون به اختلفوا على وجوه ثلاثه فقيل بأنّه من قبيل حق الرهانه و قيل بأنّه من قبيل حق الجنايه

و قيل بأنّه قسم ثالث ففى بعض الآثار يشبه حق الرهانه و فى بعضها الآخر يشبه حقّ الجنايه فمن حيث إنّه يجوز للمالك إخراج حصّه الفقراء من غير المال الزّكوى يشبه حق الرهانه لا الجنايه لأنّه ليس لمالك الجانى إبقاء الجانى فى ملكه فيما إذا لزم القصاص على جنايته و أمّا مالك المرهون فله فكّ الرهانه بأداء الدّين و من حيث إنّ السّاعى يتبع المال الزّكوى أينما وجده و يأخذ الزّكاه ممّن انتقل إليه يشبه حق الجنايه

ثم إنّ الفرق بين حقّ الرهانه و حقّ الجنايه هو أن حق الرهانه لا بدّ أن يستوفى من ملك الرّاهن بحيث إذا باع الرّاهن العين المرهونه فإمّا أن يبطل الرّهن و إمّا أن يبطل البيع لأنّه إذا صحّ البيع و انتقلت العين إلى ملك غير الرّاهن فلا يمكن أن تكون مخرجا للدّين و هذا بخلاف حقّ الجنايه فإنه يجتمع فيه صحّه البيع و بقاء الحقّ لأنّ المجنى عليه أو وارثه يستوفى حقّه من رقبه العبد أينما انتقل و لا يتوقّف استيفاؤه على كون العبد باقيا فى ملك المالك حين الجنايه

و كيف كان فالأقوال فى ما إذا قصد البيع لنفسه ثلاثه الأوّل البطلان و الثّانى الصّحه مع اعتبار الإجازه و الثّالث الصّحه بدون التوقّف عليها و الأوّل مختار صاحب المقابس و اختار المصنف الثانى و الثّالث نسبه المحقّق إلى الشّيخ و نحن تابعنا المصنف قدّس سرّه فى الدّوره السّابقه و لكن الإنصاف ورود بعض الإشكالات الّتى أورد على هذا القول و الأولى ذكرها على سبيل الإجمال حتّى يتبيّن الحال

فنقول الأوّل هو الإشكال المتقدّم فى بيع الغاصب و هو من وجوه الأوّل عدم إمكان قصد المعاوضه الثانى مخالفه الإجازه لما قصده المتعاقدان الثّالث دلاله الأخبار النّاهيه عن بيع ما ليس عندك على الفساد و يظهر من المصنف أنّ الجواب عن الإشكال الأوّل هو الجواب عن بيع الغاصب و لكنّك خبير بأنّ مبنى الجواب عن الأوّل هو أنّ الغاصب لما سرق الإضافه و رأى نفسه مالكا فأجرى العقد بين ملكى المالكين

و بعباره أخرى كان مبنى صحّته تحليل داعيه إلى أمرين الأوّل وقوع التبديل بين ملكى مالكهما و الثّانى تخيّل أنّ المالك لأحد العوضين هو نفسه فيلغى هذا الخيال و التّطبيق و يؤخذ بقصده المعاوضه بين ملكى المالكين و هذا الجواب لا يجرى فى المقام

لأنّه لم يسرق الإضافه و لم يغصب المال فكيف يقصد المبادله بين الثّمن الّذى يقصد تملّكه و المثمن الّذى هو ملك لغيره مع أنّها تقتضى دخول الثّمن فى ملك

من خرج عنه المثمن

إلّا أن يقال إنّ قصد البيع لنفسه حيث يقع ممّن يطمئنّ بتملّك المبيع فكأنّه يرى نفسه صاحب المال المشارفه فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد فتأمل و أمّا الإشكال الثّانى فغير وارد فى بيع الغاصب فضلا عن المقام لما ذكرنا أنّ الغاصب يقصد أمرين الأوّل وقوع المبادله بين ملكى المالكين و الثّانى كون مالك أحد العوضين هو نفسه و الإجازه تتعلّق بالأوّل أو بهما معا و تعلّقها بالثّانى لغو لا أثر لها و بالنّسبه إلى الأوّل تطابق ما قصده الغاصب فتؤثر و توجب استناد النّقل إلى المالك الحقيقىّ و هو المجيز

و أمّا الإشكال الثالث فلا يمكن التفصّى عنه بمثل ما تفصّى به فى مسأله الغاصب لما أجبنا عنها فى تلك المسأله بأنّها فى مقام بيان عدم وقوع البيع لغير المالك و نلتزم بمفادها و نقول بعدم وقوع البيع للغاصب بل يقع للمالك بإجازته و هذا الجواب لا يجرى هنا لأنّ الغرض من صحّه البيع وقوعه لنفس العاقد إذا ملك المبيع بالاشتراء بل مصبّ هذه الأخبار هو النّهى عن بيع ما لا يملكه فعلا و إن قصد شراءه هذا تمام الكلام فى الإشكال الأوّل

و أمّا الإشكال الثّانى فحاصله أنّه يعتبر فى العاقد أن يكون راضيا بالعقد و قادرا على التّسليم و مالكا للمبيع فإذا كان العاقد هو المالك و قادرا على التّسليم و مختارا فى البيع فهو و إلّا فنقول بكفايه حصول ذلك للمالك المجيز لأنّه البائع حقيقه فيعتبر فى صحّه عقد الفضولىّ قدره المالك حين العقد و رضاه به لو اطّلع عليه فلو كان المالك حال العقد هو المجيز فهو و إلّا كما فى مفروض المقام فمن هو قادر حال العقد لا يجيزه و لا يعتبر إجازته و رضاه و من يجيزه لم يكن حين العقد قادرا و لا كان لرضاه أثر

و حاصل جواب المصنف أمّا فى الرّضا فلا يعتبر إلّا ممّن كان أمر العقد بيده و المجيز فى المقام هو مالك أمر العقد و رضاه حاصل و أمّا فى القدره فلا ننكر اعتبارها فى المالك حال العقد فلو فرض أنّ المالك الأصلى الّذى يشترى البائع الفضولىّ منه غير قادر على التّسليم نلتزم بفساد المعامله لأنّ كلامنا فى صحّه هذا البيع بعد استجماعه لشرائط الصّحه و أمّا لو كان قادرا حال العقد و لم يكن قادرا حين الإجازه فلا يضرّ بالصّحه كما أنّ فى الفضولى لو لم يكن قادرا حال العقد و كان قادرا حين الإجازه لا يضرّ بالصّحه

و بالجمله ما دام المالك الأصلى مالكا يعتبر قدرته و مفروض كلامنا حصولها و ما دام الفضولى مالكا يعتبر قدرته و المفروض حصولها و لا يقتضى اعتبار قدره المالك حال العقد اتحاد المالك حال العقد و المجيز فإنّ هذا شرط آخر لم يقم عليه برهان

و حاصل الكلام أنّه لو عم العمومات هذا البيع و قلنا إن تبدّل المالكين حال العقد و حين الإجازه كقيام الوارث مقام مورّثه فلا يرد إشكال اعتبار القدره و الرّضا لأنّ قدره من يعتبر قدرته و رضاء من يعتبر رضاه موجودان و لا دليل على اعتبار بقاء قدره المالك حال العقد إلى حال الإجازه هذا مضافا إلى أنّ اعتبار القدره حال العقد ممنوع فإنّ هذا الشّرط يعتبر حين التّسليم

ثم لا يخفى أنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ المصنف قدّس سرّه لم يلتزم بورود الإشكال لتصريحه باعتبار القدره فى المالك حال العقد لا باعتبارها فيمن له العقد حتّى يقال إنّ من له العقد و هو المالك حال الإجازه غير مالك حال العقد فليس قادرا حينه و المالك

حال العقد و إن كان قادرا إلّا أنّه ليس مجيزا

و أمّا الإشكال الثالث فحاصله أنّه بناء على الكشف يلزم كون البائع الفضولى مالكا قبل اشترائه المبيع من المالك الأصلى و إلّا لزم خروج المال عن ملكه

إلى ملك المشترى قبل دخوله فيه

ثم لا يخفى أنّ هذا الإشكال و الإشكال الرابع و الخامس الّذى عدّه من الأعاجيب وارده على فرض لزوم الالتزام بتملّك المشترى حقيقه من حين العقد بناء على الكشف و أمّا لو قلنا بأنّه يتلقّى الملك من المجيز فهو يملك من حين تملّك المجيز فلا يرد إشكال أصلا و ذلك لأنّ اجتماع المالكين على ملك واحد يتوقّف على كون المشترى مالكا حال العقد فيجتمع ملكه مع ملك المالك الأصيل الّذى لا بدّ لنا من الالتزام به حتى يصحّ اشتراء البائع منه و هكذا اجتماع الوجود و العدم كليهما فى العقد الأوّل و الثّانى مبنى على هذا المبنى فإنّ مالكيّه المشترى مانع عن شراء البائع من مالك المبيع و شراء البائع منه متوقّف على عدم مالكيّه المشترى

و هكذا توقّف صحّه إجازه المجيز على إجازه المشترى للبيع الثانى و توقّف صحّه إجازه المشترى على إجازه البائع لأصل البيع مبنى على مالكيّه المشترى من حين العقد حتّى لا يصحّ الإجازه من البائع إلّا بإجازه المشترى لأنّ البائع يشترى ملك المشترى فيتوقف إجازته على إجازته المشترى للبيع حتى يملك المبيع فيجيز

و هكذا توقف صحّه كل من العقدين على إجازه المشترى أمّا العقد الثّانى فلأنّه واقع فى ملكه و أمّا العقد الأوّل فلتوقّفه على إجازته بالواسطه فإنّه يتوقّف على إجازه البائع المتوقّفه على البيع الثّانى المتوقّف على إجازه المشترى

و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثّمن و المثمن أمّا الثمن فلأنّ المبيع ملك للمشترى فالبائع الفضولى يشترى منه حقيقه فلا بدّ من أن يسلّمه إلى المشترى و أمّا المثمن فلأنّه بالبيع الأوّل تملّكه المشترى

و هكذا يلزم تملّك المشترى المبيع بلا ثمن لو اتّحد الثّمنان كما لو باعه الفضولى بعشره ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصيل فيجب عليه ردّه إلى المشترى و يلزم تملّكه المقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأوّل كما لو اشتراه بعشره و اشتراه البائع من الأصيل بخمسه و يلزم تملّكه تمام المبيع مجانا مع الزياده لو نقص ثمن الأوّل كما لو اشتراه بخمسه و اشترى البائع من الأصيل بعشره

و بالجمله هذه المحاذير إنّما يلزم لو قلنا بتملّك المشترى حين العقد حقيقه و هذا يلزم خروج المال عن ملك المالك قبل دخوله فى ملكه و هو محذور لا يمكن الالتزام به و يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد و هذان الإشكالان هما العمده و أمّا مع الغضّ عنهما فلا الإجازه تتوقّف على الإجازه و لا العقدين عليها و لا يلزم مجانيّه المبيع أو مقدار منه لأنّ بيع مال المشترى يتوقّف على إجازته إذا كان ذلك المال ماله مع قطع النّظر عن هذا البيع و هكذا ثمن البيع الثّانى يكون له إذا كان الملك ملكا له و أمّا إذا لم يكن له إلّا بلحاظ هذا البيع فلا

هذا مع أن مقتضى الإيراد الثّالث وقوع التزاحم من المالك الأصيل و المشترى على الثّمن فإنّ صحه البيع الأوّل بالإجازه تقتضى كون الثّمن للمالك الأصيل لأنّه الّذى انتقل منه المبيع إلى المشترى و صحّه شراء البائع تقتضى كون الثّمن للمشترى فإنّ البيع الثّانى وقع فى ملكه

ثم إن خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه يتوقّف على القول بالكشف بنحو دخل الإجازه شرطا متأخّرا و معنى دخلها كذلك توقّف الملكيّه عليها حقيقه الّذى قلنا باستحالته للزوم تقدّم المعلول و هو الملك على بعض أجزاء علته و هو الإجازه و إذا التزمنا بهذا المحال فلا يرد إشكال اجتماع ملاك ثلاثه كما ذكره المصنف لأنّ المشترى و المالك الأصيل مالكا إلى زمان البيع الثّانى و المشترى و المجيز مالكان بعد البيع الثّانى إلى زمان الإجازه و لا موجب

للالتزام بكون المجيز مالكا من حين العقد الأوّل إلى زمان الإجازه حتى يجتمع ملاك ثلاثه فى زمان واحد على مال واحد لأنّ المشترى و إن كان يتلقّى الملك عن مالكه لا محاله إلّا أنّه لا يجب أن يكون هو المجيز بالخصوص بل إمّا هو أو الأصيل

فتلخّص ممّا ذكرنا أن ورود هذه الإشكالات موقوف على اقتضاء الإجازه الكشف عن مالكيّه المشترى من حين العقد فلو ادّعى المستدلّ على البطلان اقتضاؤها فى المقام كاقتضائها فى سائر الموارد الكشف من حال العقد فلا يستقيم الجواب عنه بما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ مقدار الكشف تابع لصحّه البيع لأنّ للمستدلّ المنع عن أصل اقتضاء البيع للصحّه فى المقام لما مرّ فى الوجه السادس من أنّ بيع الأصيل ماله من البائع الفضولى يقتضى بطلان بيع الفضولى لأنّ الردّ كما يتحقّق بالقول يتحقّق بالفعل أيضا

ثم لو سلّم تحقّق المقتضى فله أن يدعى وجود المانع عن الصّحه بدعوى أنّه لا خصوصيّه للإجازه فى المقام تقتضى التأثير من حين اشتراء البائع لا من حين العقد فإذا امتنع العمل بما تقتضيه فى المقام كان اللّازم فساد البيع و لا يمكن تصحيحه بأنّ مقدار كشف الإجازه تابع لصحّه البيع إلّا بعد ورود الدّليل على صحّه هذا البيع حتّى يكون تخصيصا لما اقتضته الإجازه من كشفها عن تحقّق الملك حين العقد و إلّا يكفى للبطلان عدم إمكان العمل بما تقتضيه و صحّته تتوقّف على أمرين

الأوّل عدم اعتبار كون شخص خاصّ طرفا للمعاوضه لا بمعنى إمكان كونه كليّا فإنّ هذا غير معقول لأنّ الإضافه تتوقّف على مضاف إليه معيّن بل بمعنى عدم اعتبار خصوص كونه زيدا أو بكرا فلو اشترى من شخص باعتقاد كونه زيدا فتبيّن كونه بكرا لا يضرّ و ليس البيع كالنّكاح الثّانى كون مسأله من باع شيئا ثم ملك كمسأله اختلاف المالك حال العقد و الإجازه بسبب الموت و الوراثه بأن يكون تبدّل الملك كتبدّل المالك فإذا تمّ هذان الأمران فلا محيص عن الالتزام بالصّحه فى المقام و إن كان اقتضاء الإجازه كشفها الملك من حين العقد فى جميع المقامات

و الأمر الأوّل لا إشكال فيه و أمّا الثّانى فقد ظهر فى أوّل مباحث البيع الفرق بين الإرث و البيع و أنّ فى الإرث التغيير و التّبديل فى المالك و فى البيع التبديل فى الملك فإذا باع الفضولى ملك المورّث ثم انتقل إلى الوارث فحيث إنّ الملك على حاله و دلّ الدّليل على قيام الوارث مقام المورّث فالوارث يجيز نفس هذا التبديل و أمّا لو باع الفضوليّ مال زيد ثم انتقل إلى نفسه فإجازته لا تتعلّق بما وقع أولا لأنّ التبديل وقع بين ملك زيد و المشترى و الإجازه تتعلق بملك المشترى و الفضولى الّذى لم يكن ملكه طرف الإضافه

و بالجمله كلّ ما تعلّقت الإجازه بما انتقل من المجيز إلى الآخر و لو فى عقود متتابعه فهى مؤثّره و أمّا لو تعلّقت بغيره فلا تؤثر و إن كان الملك حين الإجازه ملكا له لأنّ الإجازه ليست عقدا ابتدائيا حتّى يقع التّبديل بها فعلا و لو على النّقل فضلا عن الكشف و لا يمكن قياس مسألتنا هذه على مسأله الإرث لأنّه لو أجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورّثه تؤثر إجازته بناء على الكشف من حين العقد و لا يمكن الالتزام بهذا فى المقام و ليست جهه الفرق إلّا أنّ تبديل المالك و اختلافهما لا يوجب تفاوتا فى المملوك و فى المقام يوجب ذلك فالمنشأ لا تتعلّق به الإجازه و المجاز ليس هو المنشأ

ثم إنّه ينبغى التّنبيه على أمور الأوّل قد ظهر أنّه بعد الالتزام بالكشف من حين العقد و خروج الملك عن ملك المجيز

إلى ملک المشترى قبل دخوله فى ملک المجيز لا يلزم الالتزام باجتماع ملاک ثلاثه بل الملک من حين العقد الأوّل إلى زمان العقد الثّانى ملک للمشترى و المالک الأصيل و من حين العقد الثّانى إلى زمان الإجازه ملک للمالک الفعلى و هو المجيز و المشترى لأنّ المجيز ليس مالكا قبل شرائه و الأصيل ليس مالكا بعد بيعه الثّانى أنّه و إن كان مبنى الإشكالات أمرا واحدا إلّا أن كلّ واحد منها يغاير الآخر و ليس من الإعاده بتقرير آخر الثّالث أنّ ما دفع به المستشكل إشكال اجتماع المالكين فى ملک واحد فى مطلق الفضولى لا يرجع إلى محصّل مضافا إلى ما فى تعبيره من الملک الصّورى باستصحاب الملک فإنّ الاستصحاب المصطلح إنّما يجرى فى مورد الشکّ فى بقاء المتيقّن و ذلک لأن الملک لو لم يكن للمجيز بعد العقد فإجازته غير مؤثّره و المفروض أنّها شرط متأخر

فالصّواب أن يقال إنّه و إن اجتمع مالكان على ملک واحد فى زمان واحد إلّا أنّه إذا كان ملک أحدهما فى طول ملک الآخر فلا دليل على امتناعه و أدلّ الدليل على إمكانه وقوعه كما فى ملک العبد الّذى يملكه المولى و إنّما الممتنع اجتماع مالكين عرضيين ففى المقام حيث إنّ ملک المجاز له مترتّب على ملک المجيز و قوامه به فاجتماعهما لا يضرّ

قوله قدّس سرّه و الجواب أن فسخ عقد الفضولى هو إنشاء ردّه إلى آخره

لا يخفى أنّ مبنى الجواب عن سادس الوجوه هو إمكان اختلاف الملک حين العقد و الإجازه فإذا أمكن ذلک فكلّ من هو مالک للمبيع فله الإجازه فإذا أجاز المالک الأوّل يصير العقد له و إذا فات محل الإجازه بانتقاله عنه فللمالک الثّانى أن يجيز و هكذا

و هذا إنّما يصحّ لو كان البيع مجرّد التبديل بين المالين من دون اعتبار قيام العوض مكان المعوّض فى طرف الإضافه أو كانت الإضافه قابله لتعلّقها بالكلّى من دون خصوصيه مالک أصلا و أمّا لو قلنا بأنّ البيع تبديل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى مع اعتبار تعلّق الإضافه بشخص خاصّ و إن لم يعتبر تعيينه حال العقد فلا إشكال فى أنّ هذا العقد غير قابل للإجازه لأنّ الملک خرج عن ملک المالک الأصيل بسبب بيعه فلا تؤثر إجازته و ردّه بعد بيعه

و أمّا الفضولى الّذى اشترى المبيع فلأنّه حين العقد لم يكن طرفا لإحدى الإضافتين و لذا لا يؤثر ردّه فلا يؤثر إجازته فالبيع كالنّكاح مفوّت لمحلّ الإجازه و إن لم يلتفت المالک إلى عقد الفضولى فالقول بأنّ التّزويج موجب لفوات محلّ الإجازه مطلقا حتى فيما لو مات الزّوج الثّانى بخلاف البيع فإنّه موجب لفواته بالنّسبه إلى الأصيل لا يستقيم

و بالجمله بعد ما تبيّن أنّ الإجازه ليست عقدا مستأنفا فلا بدّ أن تتعلّق بالعقد السّابق و إذا بطل العقد السّابق لانتقال الملک عن الأصيل إلى غيره فلا يبقى محلّ للإجازه فما ذكره المستدل من أنّ حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزه سواء كان الجواز فيها حكميا كالهبه أم حقّيا كالبيع الخيارى هو الحقّ بل البطلان فيه أولى منها لأنه قد حصل الملک للمتّهب و من عليه الخيار و لو متزلزلا بخلاف مسأله الفضولى فإذا أوجب تصرّف الواهب و من له الخيار بالبيع و نحوه بطلان العقد فكذلک تصرّف المالک فى المقام و لذا لو عاد الملک إلى الواهب و من له الخيار بالملک الجديد لا يرجع عقده الأوّل إلى ما كان قبل

التصرّف فكذلك ملك البائع فى المقام ملك حادث و هو غير ما وقع عليه العقد

قوله قدّس سرّه السّابع الأخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النّبى ص عن بيع ما ليس عندك إلى آخره

الإنصـاف أن الأخبـار العـامّه و الخـاصّه ظـاهره فی فسـاد بیع من لا یکون المبیع له و إن اشتراه و أجازه لأنّ النّهی ظاهر فی کونه إرشادا إلی اعتبار قید فی المعامله فلا یمکن الجواب عن الأخبار العامّه فضـلا عن الخاصّه الظّاهره فی المبیع الشّخصی بما أجیب عنها فی بیع الغاصب لأنّ فی بیع الغاصب یمکن أن یکون المنع راجعا إلی عـدم قدرته إلی التّسـلیم کما لو باع لنفسه غیر مترقّب لإجـازه المالـک أو راجعـا إلی وقوعه لنفس الغـاصب فلاـ یـدلّ علی الفساد لو أسـنده المالک إلی نفسه بإجازته و فی المقام لا یجری شـی ء منهمـا أمّـا الأوّل فلأن مورد البیع قبل الشّـراء مورد یطمئن البائع بأنّ المالک یبیعه إیاه و إلّا لا یقـدم أحـد مع عـدم اطمینانه بذلک علی الإیجاب

و بعباره أخری مورده مورد یصـحّ دعوی المالکیّه مجازا بقرینه المشارفه و أمّا الثّانی فلأنّ عدم الملازمه بین فساد البیع للغاصب مع الفساد للمالک إنّما یکون منشؤه أنّ الخطاب الموجّه إلی الغاصب بعدم وقوع العقد له لا إطلاق له بالنّسـبه إلی المالک و أمّا فی المقام فلا یمکن إنکار الإطلاق لأنّ إجازه البائع و عدمها من حالات بیعه فیشمل النّهی بإطلاقه صوره الإجازه أیضا

و بالجمله لا یخفی ظهور الأخبار فی عدم صـحّه البیع قبل الاشتراء و أنّه یشترط فی البیع الثّانی عدم سبق إلزام و التزام سابق علی هذا البیع من البائع و المشتری فلو التزم المشتری الثّانی فی البیع الأوّل علی تسلیم المبیع إلی المشتری الأوّل بحیث لا یستطیع علی صرف المبیع عنه لبطل کما أنّه یشترط فی البیع الأوّل عدم التزام المشتری بالشـراء بأن لا یکون هناک إیجاب و قبول بل صـرف مقاوله و أمّا لو کان ملزما بالشّراء فصریح الأخبار بطلانه و المفروض أنّ المشتری فی مسأله من باع ثم ملک ملزم بالشّراء علی ما تقدم من أنّه لیس للأصیل فسخ المعامله

و لاـ یمکن الجواب عنه بمـا أفاده المصـنف قـدّس سـرّه من أنّ ظاهر الأخبار البطلان لو کان کلّ منهما ملزما بإنشائه دون ما إذا کان أحدهما ملزما به و ذلک لأنّ ظاهرها الصّحه فیما لو کان کلّ منهما مختارا فمفهومها البطلان لو لم یکن کذلک و أمّا حمل الأخبار علی الکراهه لورود أکثرها فی بیع الکلّی الّذی استقرّ مذهب الخاصّه علی جوازه و لو لم یکن البائع مالکا له فبعید جدّا

أمّا أوّلا فلعدم ظهورها فیه إلّا خصوص صحیحه معاویه بن عمار فی بیع الحریر و أمّا صحیحه ابن مسلم فتنکیر المتاع لا یدلّ علی کونه کلّیا لوقوعه فی کلام السّائل و غرضه السّؤال عن کلّ فرد من أفراد الأمتعه من دون خصوصیّه قسم خاصّ و إلّا فیقتضی أن یکون المتاع المبهم من جمیع الجهات مفروض سؤال السّائل و هذا لا یقع فی الخارج أصـلا لأنّ الأثمان تقع بإزاء الصّور النوعیّه لاـ المـادّه المشترکه فلاـ یمکن أن یکون قوله سألته عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لی متاعا هو طلب شـراء المتاع المبهم القابل لانطباقه علی کلّ شی ء هذا مضافا إلی ظهور قوله لعلّی أشتریه منک بنقد أو نسیه فی المبیع الشّخصی

و أمّا ثانیا فظهور أکثرها فی الکلّی لا یوجب حمل جمیعها علیه فما کان ظاهرا فی الکلّی یحمل علی الکراهه بقرینه أنّ المـذهب اسـتقرّ علی صحّه بیعه و ما کان ظاهرا فی الشّخصی فیحکم بفساده علی ما هو ظاهر النّهی فإنّه کاشف عن اعتبار قید فی المعامله و هو کون البائع مالکا للمبیع ثم لا یخفی أنّه لو قلنا بصـحّه هـذا البیع فلا تتوقّف علی الإجازه لأنّ الغرض منها إما حصول الرّضـا من المالک أو الاستناد إلیه و کلّ منهما حاصلان بصدور البیع عنه لنفسه فلا یمکن حمل الأخبار علی صوره عدم

الإجازه مع أنّها مثل صوره الإجازه فی الصّحه و الفساد

هـذا كلّه مع اعترافه قـدّس سـرّه بأن روايه الحسن بن زياد الطائی تـدلّ علی ما اختاره صاحب المقابس و العجب أنّه قـدّس سـرّه حمل النّهی علی ما يترتّب بعـد البيع من عدم تسـليم المبيع و نحوه فإنّ النّهی الظّاهر فی اعتبار قيد فی نفس المعامله كيف يحمل علی ما يترتّب عليها بعد فرض صحّتها و الإنصاف أنّه لم يكن المناقشه فی دلاله الأخبار علی الفساد لائقه بمقامه فتدبّر جيّدا

قوله قدّس سرّه ثم إنّ الواجب علی كلّ تقدير هو الاقتصار علی مورد الرّوايات إلی آخره

لاـ يخفی أنّه لاـ فرق فی البيع الشّخصـی بين صوره فـإنّ الأخبـار العامّه و الخاصّه يشـمل عمومها أو إطلاقها لجميع صور المسأله فالأـقوی هو البطلاـن سواء باعه لنفسه أم باعه عن مالكه فصار مالكا بأن انتقل إليه بعـد البيع أم باعه لثالث فاتّفق صـيروره الثّالث مالكا أو اتّفق صـيروره نفسه مالكا و علی التقديرين لا فرق بين تحقّق الإجازه و عدمه و فی جميع صور المسأله لو أجاز المالك الأصيل قبل بيعه من البائع صحّت المعامله لأنّها من أفراد بيع الفضولی غايه الفرق هو اختلاف كيفيّه تحقّق قصد المعاوضه

و بالجمله المبحوث عنه فی المقام هو وقوعه لمن لم يكن حال العقد مالكا و صار مالكا بعده و أصول أقسامه ثلاثه البيع لنفسه و عن مـالكه و عن ثـالث أجنبیّ فلو بـاع لنفسه فالأـقوی بطلاـنه سواء بـاعه بـداعی كونه ملزمـا بالاـشتراء عن مـالكه و تسـليمه إلی المشتری كما فی البيع الكلّی الّذی يجب عليه تحصيله أم بداعی أنّه لو اتّفق صيرورته مالكا يسلّمه إلی المشتری

و يظهر من المصـنف أن مورد الأخبار هو مورد البناء علی لزوم التّحصـيل عليه من غير ترقّب لإجازه مجيز أصلا لا من المالك و لا من البائع إذا ملك و كذلك الصوره الثّانيه إذا لم يخبر بعد الشّراء دون ما إذا باع علی أن يكون العقد موقوفا علی الإجازه من المالك أو البائع بعد تملّكه و اسـتظهر هذا المعنی من العلّامه أيضا فإن استدلاله بالغرر و عدم القدره علی التسليم ظاهر فی مورد يقع البيع علی وجه يلزم علی البائع تسليمه

و لكنّك خبير بأنّ الأخبار صـريحه فی أنّ البيع قبل تملّك البائع لا يصـحّ سواء كان البائع بانيا علی لزوم التّحصـيل أم كان مترقّبا للإجـازه تحقّقت الإجـازه أم لاـ و مجرّد بنائه علی لزوم التّحصـيل عليه لا يؤثر فی الفساد و ترقبه للإجازه و تحقّقها لا يؤثران فی الصّحه فإنّ البناء القلبی لا يؤثّر فی الفساد و الصّحه فی باب المعاملات

و اسـتدلال العلّامه قـدّس سـرّه علی الفساد بالغرر و العجز عن التّسـليم لا يصـلح لحصـر الفساد فی صوره دون أخری لأنّ هـذين المحذورين و إن لم يجريا فی جميع الصّور إلّا أنّ النّهی يشمل جميعها و لو باع عن المالك فاتّفق أنّه صار مالكا فلو قلنا بالصّحه فلاـ إشـكال فی توقّفهـا علی إجـازته لأـنّ رضـاه سابقا لا يفيـد لوقوع المعامله عنه فصـحّتها تتوقّف علی رضاه حين الملك حتّی يستند البيع إليه عن طيب

و لكن الكلام فی صـحّته فإن الأخبار و إن لم تعمّ هـذه الصوره إلّا أن بعـد ما عرفت من الفرق بين التّبديل فی المالك و الملك فحكم هذا القسم حكم ما لو باع لنفسه لأن تبديل الملك يوجب اختلاف المنشأ و المجاز بل الاختلاف فيه أظهر لأنّ فی القسـم

الأوّل باع لنفسه و هو المجيز و فى القسم الثّانى باعه عن مالكه و هو لا يجيز و إنّما يجيزه المالك حال الإجازه و قياسه على ما إذا باع لنفسه فإجازه المالك لنفسه لا وجه له لأنّ صحّه هذا القسم إنّما هو لإلغاء قصد البيع للنّفس كإلغائه فى مورد الغاصب فإذا تحقّق قصد المعاوضه و ألغى قيد لنفسه صحّ تعلّق إجازه المالك بها و أمّا قصده للمالك الأصيل فلا يمكن إلغاؤه فإجازه

غيره لا ترتبط بالعقد و يمكن أن يكون قوله فتأمّل إشاره إلى هذا

و لو باعه لثالث فاتّفق أنّ الثّالث صار مالكا فحكمه حكم ما لو باع لنفسه ثم ملك سواء أجاز الثّالث أم لم يجز أمّا فى صوره عدم الإجازه فواضح و أمّا فى صوره الإجازه فلأنّ النّهى التّكليفى و إن لم يشمله كما فى الصوره الثّانيه و هى ما لو باعه عن المالك إلّا أنّ الوضعىّ المستفاد من الأخبار و هو شرطيّه كون البائع مالكا يشمل كلتا الصّورتين هذا مع أنّ التبديل فى الملك الموجب لاختلاف المنشأ و المجاز كاف فى الفساد

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الحكم فى جميع الصّور هو الفساد و لا فرق بين أقسام الصوره الأولى فسواء باعه عن نفسه منجّزا أم باعه على أن يكون العقد موقوفا على الإجازه فاتّفقت الإجازه منه بعد تملّكه أو تبايعا على أن يكون اللّزوم موقوفا على تملّك البائع دون إجازته فالحكم فى الجميع هو البطلان و لا وجه لتخصيصه قدّس سرّه الفساد بالصّوره الأولى و الثّانيه إذا لم تتفق الإجازه دون ما إذا علّق العقد على الإجازه فتحقّقت و دون ما إذا علّق اللّزوم على التملّك مع أنّه نقل عن الدّروس فساد هذه الصوره الأخيره

هذا مع أنّه لو كان المراد من التّعليق فى العقد هو التّعليق البنائى فقد تقدم أنّ البناء القلبىّ لا أثر له فى باب العقود و الإيقاعات و لو كان المراد هو التّعليق فى ضمن العقد فهذا هو التّعليق فى المنشأ الّذى أجمعوا على بطلانه ثم إنّه ليس لتعليق اللّزوم على التملك معنى محصّل فى المقام لأنّه عباره عن جعل الخيار و هو إنّما يكون مقابلا للالتزام العقدى من المالك و ليس العقد منسوبا إلى البائع فى المقام و الاسم المصدرىّ الغير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه فمقصود صاحب الدّروس ليس ما هو ظاهر عبارته بل غرضه تعليق اللّزوم على الانتقال على نحو الدّاعى و لذا عبّر عنه بقوله و لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده

قوله قدّس سرّه ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا فى المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى و هى ما لو لم يخبر البائع بعد تملّكه إلى آخره

قد تقدم أنّه لو قلنا بصحّه أصل البيع و عدم مانعيّه التّبديل فى طرف الملك فلا وجه لاعتبار الإجازه أصلا لأنّه لم يقم دليل تعبّدى على اعتبارها و إنّما نحتاج إليها فى الفضولى لتحقّق الاستناد و الرّضا و هما فى المقام حاصلان فالعمده بيان وجه أصل الصّحه و الأولى البحث أولا عن إمكان إدراج هذا البيع فى العمومات ثم البحث ثانيا عن الأدلّه المانعه لأنّه لو لم يعمّه العمومات فلا موقع للبحث عن الأدلّه المانعه

و يظهر منه قدّس سرّه شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ له إلّا أنّه جعل المقام أوّلا من موارد الرّجوع إلى استصحاب حكم الخاص لا من موارد الرّجوع إلى عموم العام لأنّ البائع قبل تملّكه لم يكن مأمورا بالوفاء بالعقد فيستصحب ثم أضاف إليه ثانيا أنّ عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ معارض بعموم النّاس مسلّطون على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب النّفس فحكم باعتبار الإجازه من باب النّاس مسلّطون

و فى كلامه ما لا يخفى على المتأمّل كما أمر بالتأمّل لأنّ مقام الرّجوع إلى الاستصحاب أو العام إنّما هو فى الفرد المعلوم فرديّته

الخارج عن حكم العام فى قطعه من الزّمان و البائع فى المقام قبل أن يشتريه لم يكن مأمورا بالوفاء بعقده و إنّما الشكّ فى أنّه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفاء أو لا فهو قبل أن يشتريه لم يكن مصداقا للعام و كان كشخص لم يكن عالما فى زمان ثم صار عالما فلا يمكن أن يقال هذا الفرد من العام لم يكن واجب الإكرام فيستصحب حكم المخصّص لأنّ البائع خارج عن العام تخصّصا مع أنه لو قيل بأنّ

كل من له ربط بالعقد يجب وفاؤه به إلّا أن محلّ الرّجوع إلى حكم العام أو الخاصّ إنّما هو فى مورد الشكّ بالنسبه إلى عموم الزّمان كالشكّ بعد زمان الأوّل فى البيع الغبنى بأنّه محكوم حكم الخيار أو بحكم العام لا فيما كان المخصّص من الزّمانيّات كما إذا خصّص وجوب الوفاء بالعقود بمورد خاصّ و شكّ فى أنّ هذا هو المورد الخاصّ أو غيره

ثمّ لا يخفى أنّه لو قلنا بأنّ المقام من موارد الرّجوع إلى عموم العام فلا يمكن أن يعارض بدليل السّلطنه و اعتبار الطّيب لأنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد هو لزومه عليه قهرا و وجوب الالتزام بآثاره شرعا

و حاصل الكلام أنّه لا يمكن تصحيح البيع الشّخصى لمن لا يملكه سيّما إذا قصد البيع لنفسه لأنّه لو صحّ له فلا يمكن وقوعه للمالك الأصيل إذا أجاز مع أنّه لا إشكال فى وقوعه له إذا أجاز قبل بيعه من البائع لأنّ معنى وقوعه للبائع أنّه قصد خروج المال عن ملكه بعد فرض نفسه مالكا بالأوّل و المشارفه فهو فى الحقيقه يوقع المبادله بين ملكه بما هو ملكه و بين ملك الطرف فالمالك الأصيل أجنبىّ عن العقد و لا يمكن قياسه على الغاصب لأنّه بعد سرقه الإضافه يوقع المبادله بين ملكى المالكين و لا يلاحظ شخص نفسه إلّا على نحو الدّاعى بل المقام نظير البيع الكلّى فى إجراء البائع المعامله على ملك شخصه

و بالجمله الأمر يدور بين أن يجعل البائع أجنبيا أو الأصيل و المفروض أنه يقع للأصيل إذا أجاز فلا مناص عن جعل البائع أجنبيّا و يكون كمجرى الصّيغه و على أىّ حال فقد ظهر ممّا ذكرنا من صدر المبحث إلى هنا أنّه لا فرق بين تحقّق الملك للبائع بالشّراء و تحقّقه بالإرث

نعم هناك فرق بينهما من جهه أخرى و هى أنّ الوارث حيث إنّه يقوم مقام مورّثه فله الإجازه لا من باب أنّه ملك ما باعه بل من باب أنّه هو المورّث فيكون حكمه حكم المالك الأصيل فى نفوذ إجازته قبل بيعه من البائع و حكمه حكم نفس المورّث لو أجاز حال حياته نعم لو قلنا بأن فى مسأله من باع ثمّ ملك بالشّراء لا يصحّ الإجازه من المالك الأصيل لعدم إمكان الجميع بين قابليّه انتساب العقد إلى كلّ من المالك و البائع فالوارث فى المقام أيضا ليس له الإجازه من باب قيامه مقام مورّثه بل هو من أفراد من باع شيئا ثمّ ملك فالفرق بينهما لا وجه له فتأمّل فى أطراف الكلام جيّدا

[المسأله الثّالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف]

قوله قدّس سرّه المسأله الثّالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف إلى آخره

لا يخفى أن ربط هذه المسأله بالمسألتين السّابقتين منوط بما ذكرنا فى الجهه الثّالثه من الجهات الرّاجعه إلى شرائط المجيز و هو أنّ عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد إمّا واقعىّ و إمّا خيالىّ و نقّحنا الواقعىّ فى ضمن مسألتين فإنّ عدم جواز التصرّف واقعا إمّا لتعلّق حق الغير بالمال و إمّا لعدم كونه مالكا فبقى حكم الخيالى و هو على صور أربع لأن اعتقاد عدم جواز التصرّف المنكشف خلافه إمّا لعدم الولايه فانكشف كونه وليا و إمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكا و على كلا التقديرين فإمّا يبيع لنفسه أو عن المالك

فالصّوره الأولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا و الظّاهر من المصنف قدّس سرّه صحّتها من دون توقّف على إجازه المالك و لا يخفى أنّ الولايه على قسمين إجباريّه و اختياريّه و الإجباريّه إمّا بموهبه من اللّه سبحانه كولايه الأب و الجدّ و إمّا بموهبه من المخلوق كولايه العبد المأذون من قبل المولى فى التّجاره و الاختياريّه كولايه القيّم على الصّغار و الوكيل

ثم لا يخفى أنّ صحّه هذه المعامله و فسادها مبنيان على أن يكون العلم بالولايه أو الالتفات بالوكاله طريقيّا أو موضوعيّا فلو قلنا بالطّريقيّه فلا إشكال

فى الصّحه و الأقوى كونه كذلک لأنّ الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا و كونها منوطه بالعلم بها يتوقف على دليل نعم ولايه العبد ليست فى الظّهور كولايه سائر الأولياء فإنّه بعد ما دلّ الدّليل على حجره و عدم قدرته على شى ء يشکّ فى خروجه عن العجز بمجرّد إذن المولى واقعا مع عدم علمه به و كون إعطاء الإذن من آثار سلطنه المولى لا ينافى فساد بيعه لاعتبار علمه برفع الحجر

و بالجمله فكما أنّ العجز فى امتثال الخطابين المتزاحمين لا يتحقّق إلّا مع العلم بهما فكذلک القدره لا تتحقّق للعبد إلّا بوصول الإذن إليه لعدم صدق كونه قادرا مع عدم العلم بها و لكن الأقوى عدم الفرق بين القدره و الوكاله و الولايه فى أنّ العلم فى كلّ منها طريقىّ

هذا مع أنّ الّذى يهوّن الخطب أنّ العبد و إن لم يصر قادرا شرعا بالإذن الواقعىّ إلّا أنّه ليس كالصبىّ و المجنون مسلوب العباره فيكون بيعه لمولاه من أفراد الفضولىّ فيتوقّف على إجازه المولى كما أنّه لو باع مال غير المولى يتوقّف صحّه بيعه على إجازه صاحب المال و المولى كما أنّه لو قلنا بموضوعيّه العلم فى جميع أنحاء الولايه فمع عدم العلم بها يدخل البيع فى الفضولى و لكن احتمال موضوعيته فى باب ولايه الأب و الجد و الحاكم الشّرعى و القيّم ضعيف فعلى القول ببطلان الفضولى يصحّ هذا البيع لخروجه عنه بالإذن الشّرعى أو المالكىّ و فى هذه الصّوره لا يتوقّف الصّحه على الإجازه لأنّ الإذن السّابق لا يقصر عنها

و الصوره الثّانيه أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا و الأقوى صحّته و عدم توقّفه على الإجازه أمّا صحّته فلأنّ قصد بيعه لنفسه لغو بعد أن أوقع التبديل بين طرف الإضافه المالكيه و الطّرف الآخر و أمّا عدم توقّفه على الإجازه فلأنّ الإذن السّابق لا يقصر عن الإجازه

و بالجمله لو كان القصد لنفسه منافيا لقصد المعاوضه فلا ينفعه الإجازه اللّاحقه و لو كان لغوا فيكفى لصحّته الإذن السّابق و الثالثه أن يبيع عن المالک ثم ينكشف كونه مالكا و هذا على قسمين الأوّل أن يبيع عن المالک مع اعتقاده أنّ المالک أبوه بأن يطبق المالک على أبيه و الثّانى أن يبيع عن شخص أبيه و الفرق بينهما كالفرق بين الوصف و الإشاره أمّا القسم الأوّل فلا إشكال فى صحته لأنّه قصد البيع عن مالک المال فأوقع التّبديل بين الملكين و تطبيق المالک على الأب لا يضرّ بصحّه المعامله و وقوعها لنفسه إنّما هو لكونه أحد طرفى الإضافتين و هو المالک واقعا إنّما الإشكال فى القسم الثّانى و الصّوره الرّابعه و هى أن يبيع لنفسه و كلّ منهما يختصّ بإشكال لا يجرى فى الآخر و إن توهّم بعض ورود الإشكال المختصّ بالصّوره الرّابعه على القسم الثّانى أيضا على ما نقله المصنف عن النّهايه و الإيضاح

و حاصل إشكالهم على ما إذا قصد بيع ماله عن أبيه هو أنّه قصد البيع عن أبيه لا عن نفسه فلو انكشف كون المال لنفسه فكيف يصحّ المعامله و تقع له بمجرد كونه فى الواقع له هذا مع أنّ هذا البيع و إن كان منجّزا فى الصوره إلّا أنّه معلّق واقعا و التقدير إن مات مورّثى فقد بعتک هذا مضافا إلى أنّه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره

و لا يخفى أنّ الإشكال الثّانى مع أنّه لا صغرى له و لا كبرى فى المقام لا يجتمع مع الإشكال الأوّل أمّا عدم الصغرى فلأنّ

المفروض أنّ الوارث يظنّ حياه أبيه و يبيعه أيضا عن أبيه فكيف يكون تقدير هذا البيع إن مات مورثى فقد بعتك بل هذا التّعليق المعنوى يجرى فى خصوص ما إذا باع لنفسه مع ظنّه بحياه مورّثه

و أمّا عدم الكبرى فلأنّ التّنجيز صوره كاف فى صحّه المعامله

و إن كان فى الواقع معلّقا و أمّا عـدم اجتماعه مع الإشكال الأوّل فلأنّ الإشـكال الأوّل هو أنّه مع قصـد البيع عن الأب كيف يقع لنفسه فلا يرد إشكال التّعليق و هو إن مات مورّثى فقد بعتك لأن مرجعه إلى أنّه قصد البيع لنفسه

و أما الإشـكال الثّالث فهو الإشكال المعروف الوارد على التشريع و حاصله فى المقام أنه مع اعتقاده بأنّ المال لأبيه كيف يقصد المعاوضه الحقيقيّه و قد أجبنا عنه فى بيع الغاصب بأنّ البناء على أمر يعتقد خلافه بمكان من الإمكان ثم إنّ المصـنف قدّس سرّه أجاب عن الإشـكال الأوّل بأن قصـد نقل الملك عن الأب لا يضـرّ بوقوعه لنفسه لأنّه و إن قصـد عن أبيه إلّا أنّه قصده من حيث كونه مالكا ففى الحقيقه قصد النقل عن المالك أى الحيثيّه فى المقام تقييدىّ و الموضوع هو الأب المالك

و لكنّك خبير بأنّ الحيثيّه التقييـديّه لا يمكن الالتزام به فى الموضوعات الشخصـيّه لأنّ الفرد الخارجى غير قابل للتعـدّد فتقييـده ممتنع فالأـب إذا كان هو الّـذى بيع عنه فهو ملحوظ بخصوصـيّته و توصـيفه بأنّه المالك حيثيّه تعليليّه و الحيثيّه التّعليليّه لا أثر لها لاتّحـاد المنشـأ و المجـاز و بـالجمله النّزاع فى أنّ الحيثيّه تقييـديّه أو تعليليّه إنّمـا هو فى الأحكـام الكليّه المتعلّقه بالعناوين كتعلّق الأـمر بالصّـلاه و النهى بـالغصب فيقـع النزاع فى أن متعلّـق الحكمين هـو المعنـون و العنـوان جهه تعليليّه أو نفس العنوان و تعلّقه بالمعنون إنّما هو لانطباق العنوان عليه و أمّا لو تعلّق حكم أو إشاره بشـخص خاص مع اتصافه بعنوان كوجوب إكرام زيـد العالم أو الاقتـداء بعمرو العـادل فلاـ شـبهه فى أنّ الحيثيّه تعليليّه فإذا قصـد نقل المال عن أبيه فلا يمكن أن يقال إنّ المقصود هو النّقل عن المالك و لو عنون أباه بالمالك

نعم أصل الإشـكال غير وارد لأن قصد نقل المال عن شـخص معيّن مع إيقاع التبديل بين المعوّض و العوض الشّخصـيين لا يضرّ بوقوع المعامله عن مالكيهما و لذا لو اشترى من شخص بتوهم أنّه زيد فبان كونه عمرا يقع المعامله بينه و بين عمرو

و بالجمله هذا الإشـكال المختصّ بما إذا باع عن أبيه لا وقع له فى العوض و المعوّض الشّخصيّين و أمّا الإشكال المختص بما إذا باع لنفسه مع اعتقاده بأنّه لغيره فهو التّعليق فى المعنى و الجواب عنه أنّ التّعليق الواقعى لا يضـرّ مع التّنجيز فى الصوره هـذا مضافا إلى أنّه لو كـان هنـاك تعليق فهو فى الحكم الشّـرعى لاـ فى المنشـأ لاـ صوره كما هو ظاهر و لا معنى لأنّ المعتقـد بحياه أبيه لا يصـدر البيع عنه لنفسه إلّـا بفرض المـال مـال نفسه إمّـا بالمشـارفه و إمّا بالادّعاء و نحوه كالغاصب و إلّا يكون سـفيها ثم إنّه بعد الفراغ عن صحّه الصورتين فهل تصحّان مطلقا أو مع الإجازه أو تفصيل بينهما و الحقّ هو الأخير

أمّـا الصوره الأـولى فتوقّفهـا بقسـميها على الإجـازه واضـح لأـنّه باع عن المالك أو عن أبيه فلم يسـند المعامله إلى نفسه فيتوقّف وقوعها عن نفسه على الإجازه حتى تسـتند إليه الّذى هو المالك حقيقه و مجرّد الرّضا بأصل التّبديل لا يكفى فى الطّيب و الرّضا المعتبر من المالـك بعنوان أنّه مالـك و ذلك لأنّ مقتضـى قوله عزّ من قائل إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ع لا يحلّ مال امرئ مسـلم إلّـا بطيب نفسه و إن كان كفايه رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده بأنّ المال لغيره و لكن بمناسبه الحكم و الموضوع يسـتفاد منهمـا أنّ ذات الرّضـا و الطّيب بمـا هو ليس موضوعـا للحكم فـإن احترام ماله و توقّف التصـرّف فيه على إذنه يناسب أن يكون إذنه بما أنّه مالك دخيلا فى جواز التصرّف

و معلوم أن الطّيب

بأصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى كما أنّ العمد بأصل التكلّم أو العمد بالأكل ليس عمدا بالتكلّم فى الصّلاه أو الأكل فى نهار شهر رمضان فيتوقّف شمول الدّليل الدالّ على مانعيّه التكلّم فى الصّلاه أو مفطريّه الأكل على العلم بأنّه فى الصّلاه و بأنّه فى نهار شهر رمضان لأنّ الأحكام المترتّبه على الأفعال بعناوينها الخاصّه إنّما تترتّب عليها بعد صدورها مع قصد هذه العناوين فالإذن فى الأكل مع عدم العلم بأنّه ماله و الإذن فى العتق مع عدم العلم بأنّه عبده لا يوجب جواز التصرّف للمأذون واقعا و نفوذه بحيث لا يتوقّف على الإجازه اللّاحقه و مجرّد كون المالك هو المباشر للعقد لا يكفى فى صحّته فإنّه و إن كان مستندا إليه و صادرا منه عن طيب إلّا أنّه لا بعنوان كونه مالكا فيعتبر الإجازه اللّاحقه حتّى يستكشف الرّضا المالكى و بما أنه ماله كما يعتبر الإجازه من المكره حتى يصحّ ما صدر عنه كرها مع كون الفعل صادرا من نفسه

فالإجازه قد تفيد فائده الرّضا كإجازه المالك فى المقام و إجازه المكره و قد تفيد الرّضا و الاستناد معا كما فى الفضولى بل من هذا البيان يمكن اعتبار الإجازه فى صحّه عقد من باع عن المالك و انكشف كونه وليا أو وكيلا فإنّه و إن كان هو المباشر للعقد إلّا أنّ بيعه لم يقع بعنوان الولايه فلاعتبار نظره الولىّ تعتبر الإجازه بعد تبيّن الحال

و كيف كان فاعتبار الإجازه فى المقام إنّما هو لما ذكره المصنف قدّس سرّه لا لما يظهر من جامع المقاصد من أنّ البائع لم يقصد البيع النّاقل للملك فعلا بل مع إجازه المالك فإنّ هذا ممنوع أمّا أوّلا فلأنّ البائع لا يقصد إلّا أصل البيع و حصول النّقل حينه أو بعد الإجازه من الأحكام الشّرعيّه لا من منشآت البائع حتّى يختلف تحقّق المنشأ باختلاف أنحاء قصده و أمّا ثانيا فلأنّ هذا ينافى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به أن يقول البائع لا يقصد نقل المال حين العقد ثم إنّ ممّا ذكرنا ظهر مدرك عدم اعتبار الإجازه فى الصّحه و مدرك اعتبارها فيها

و حاصل الأوّل هو أنّ المالك حيث إنّه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الإجازه فيما يرجع إلى تصرّف نفسه فى ماله و استدلّوا له بوجه أخر و هو أن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل بمجرّد التّبديل بين المالين المعيّنين و إن لم يعلم بأنّه المالك للمبيع فهو أولى من الإذن لغيره فى إيقاع المعامله فضلا عن إجازته فى ذلك و إلّا فيفسد من أصله و تقدم الجواب عن الوجه الأوّل

و أمّا الثّانى ففيه أنّه لا تنافى بين الصّحه و توقّفه على الإجازه لأنّ فى أصل الصّحه يكفى قصد التّبديل بين المالين و قصد مال نفسه أو غيره لا ينفع و لا يقدح و لكنّه من جهه الرّضا المالكى من حيث إنّه ماله يتوقّف على الإجازه

و حاصل الثّانى أنّ أدلّه اعتبار الرّضا و طيب النّفس دالّه على اعتبار الرّضا بنقل ماله من حيث إنّه ماله و هو لمّا لم يكن عالما بأنّه ماله فالرضا بهذا النّحو لم يحصل فيتوقّف الصّحه على الإجازه كتوقّف عقد المكره عليها و هنا قول آخر و هو اعتبار الإجازه فى اللّزوم دون الصّحه و استدلّوا له بقاعده نفى الضّرر و حاصل تقريبه أنّ لزوم هذا النّقل على المالك بحيث لا يتوقّف على طيب نفسه بما أنّه ماله ضرر عليه فيكون له الخيار فى الردّ و الإجازه و أجاب عنه المصنف بما لا يخلو عن خفاء و إشكال

و حاصل ما أورده على هذا القول هو أنّ التمسّك بقاعده الضّرر لإثبات الخيار و توقّف اللّزوم على الإجازه إنّما هو بعد الفراغ عن صحّه العقد و الكلام الآن فى صحّته لأنّ العقد ناقص من حيث الحدوث و لا من حيث البقاء

و بعباره أخرى الملاک الموجب لاعتبار الإجازه فى عقد الفضولى هو الموجب لاعتبارها فى عقد من باع ماله باعتقاد أنه لغيره و هو الأدلّه الدالّه على اعتبار طيب نفس المالک فى نفوذ التصرّف فى ماله لا الأدلّه الثّانويّه كقاعده الضّرر الموجبه لثبوت الخيار للمتضرّر كخيار الغبن و العيب نعم يصحّ التمسّک بها فى المقام أيضا إلّا أنّ مفادها اعتبار الإجازه فى الصّحه لا اللّزوم لأن انتقال ماله بدون اعتبار رضاه بما أنّه ماله ضرر عليه فيرتفع لا أنّ لزومه ضرر عليه بعد الفراغ عن صحّته كما فى الضّرر المترتّب على لزوم البيع لأمر راجع إلى أحد العوضين

و لكنّک خبير بأنّه لو اكتفى قدّس سرّه فى الجواب بأنّ المقام ليس من مقام التمسّک بالقاعده الثّانويّه لأنّ نفس الأدلّه الأوليّه قاضيه باعتبار الإجازه فى انتقال المال لكان فى محلّه و لكنّه حيث جعل الضّابط فى التمسّک بقاعده نفى الضّرر كون الضّرر مترتّبا على لزوم البيع لأمر راجع إلى أحد العوضين لا لأمر راجع إلى نفس العقد أو إلى المتعاقدين فإنّه ليس مقام التمسّک بالقاعده ثم اعترف بصحّه التمسّک بها لنفس الصّحه فيرد عليه

أوّلا أنّه يمكن التمسّک بها لأمر يرجع إلى المتعاقدين كاعتبار علمهما بالعوض و المعوّض فإنّ الجهل بهما يوجب الضّرر و ثانيا أنّ التمسّک بها لنفى الصّحه لا يستقيم رأسا لأنّ الصّحه ليست أمرا مجعولا حتّى ترتفع بها بل هى منتزعه من تحقّق الشّرائط فلو دلّ دليل على اعتبار قيد فى ناحيه الأسباب و المسببات فنفس هذا الدّليل كاف لإثبات هذا القيد كالدّليل الدالّ على اعتبار رضا المالک بما أنّه ماله و الدليل الدالّ على اعتبار كون المشترى مسلما لو كان المبيع عبدا مسلما أو مصحفا و لو لم يدلّ فلا يمكن إثبات قيد بقاعده الضّرر و نحوها لأنّها حاكمه على الأحكام الثّابته و لا يمكن إثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضّرر

و حاصل الكلام أنّه لو استفدنا من قوله ع لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه اعتبار طيب النّفس على التصرّف بعنوان أنّه مال امرئ إمّا للظّهور اللّفظى أو لمناسبه الحكم و الموضوع فيغنينا عن التمسّک بقاعده نفى الضّرر و إلّا فلا يمكن اعتبار قيد لولاه لزم منه الضّرر

قوله قدّس سرّه ثم إنّ الحكم بالصّحه فى هذه الصوره غير متوقّف على القول بصحّه عقد الفضولى إلى آخره

وجهه أنّه ليس من أفراد الفضولى لأنّه وقع ممّن أمره بيده فلا يشمله الأدلّه الدالّه على فساد الفضولى من الإجماع و الكتاب و السّنه نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولى من باب حكم العقل بقبح التصرّف فى مال الغير المستتبع لحكم شرعى بحرمه التصرّف المستلزمه للفساد إذا رجعت إلى المسبّب فيتّجه البطلان فى المقام و لكنّه لا يخفى أنّ هذا مبنيّ على أن يكون حكم العقل بقبح التصرّف فى ما يعلم أنّه مال الغير و ما لا يعلم أنّه مال الغير بمناط واحد نظير حكمه بقبح التّشريع الّذى هو عباره عن الإسناد إلى الشّارع ما لم يعلم أنّه منه فيتّجه الفساد فى المقام

و أما لو قلنا بأنّ العقل يحكم فى صوره العلم بأنّه مال الغير و فى صوره الشکّ و عدم العلم بمناطين أى فى المال الّذى هو فى الواقع ليس ماله بمناط واقعى و فى المال الّذى هو ماله و لا يعلم بأنه ماله بمناط طريقيّ كحكميه فى الظّلم فلا يستلزم الفساد فى الفضولى الفساد فى المقام لأنّه و إن قبح التصرّف إلّا أن حكمه طريقيّ فالحكم الشّرعيّ المستفاد منه من باب الملازمه أيضا

طريقىّ فإذا انكشف مخالفه الاعتقاد للواقع فلا يكون إلّا تجرّيا هذا تمام الكلام فى الصوره الأولى

و أمّا الصّوره الثّانيه و هى أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له فوجه عدم توقّفها على الإجازه تماميّه أركان العقد حتى بيعه بعنوان أنّه ماله لأنّ البائع بعد فرض نفسه مالكا للمال إمّا للمشارفه و إمّا للاستيلاء عليه

عدوانا يبيعه بعنوان أنه ماله و اعتقاد أنّه لغيره لا يوجب توقّف عقده على إجازته

و لكنّه يمكن أن يقال بالفرق بين الغاصب و غيره فإنّ الغاصب بعد ما جعل نفسه مالكا و استولى على المال يبيعه بعنوان أنّه ماله و أمّا الّذى يريد أن يشترى من مالكه و يسلّمه إلى المشترى فهو و إن باعه لنفسه إلّا أنّه لا- بعنوان أنّه ماله فعلا فيتوقّف على الرّضا بعد انكشاف الحال كتوقف عقد المكره عليه فإنّ الرضاء بأصل التّبديل غير الرّضا بأنّه ماله فعلا فصحّته تتوقّف على الإجازه فتدبّر

[القول فى المجاز]

[الأوّل يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشّروط المعتبره فى تأثيره عدا رضا المالک]

قوله قدّس سرّه و أمّا القول فى المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان أمور الأوّل يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشّروط المعتبره فى تأثيره عدا رضا المالک إلى آخره

لا- إشكال فى أنه يعتبر فى عقد الفضولى جميع ما يعتبر فى سائر العقود حتى الشّروط المعتبره فى تأثير العقد مثل القدره على التّسليم فلا- خصوصيّه فيه من بين العقود إلّا أنّه يتطرّق فيه احتمالات بل أقوال لا تجرى فى غيره و هى اعتبارها حين العقد أو حين الإجازه أو من زمان العقد إلى زمان الإجازه و لا يبعد أن يكون أقوى الاحتمالات هو الأوّل من غير فرق بين الكشف و النّقل

نعم من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد اعتبار بعض الشّرائط حين تسليم المبيع إلى المشترى كالقدره على التّسليم و كون مشترى المصحف و العبد المسلم مسلما فلا تعتبر حال العقد و لا حال الإجازه إلّا أن يكون زمان الإجازه زمان لزوم التّسليم

أمّا عدم اعتبار وجود هذه الشّرائط حين العقد فلأنّ مناط اعتبارها لا يقتضى إلّا أن يكون حال لزوم التّسليم هذا الشرط موجودا فلو باع الفضولى سلما فوجود القدره حال العقد أو حال الإجازه لا أثر له و هكذا كون المشترى حال العقد كافرا لا يضرّ بشرائه المصحف أو المسلم إذا كان مسلما حال وصولهما تحت استيلائه لأنّ اعتبار هذا الشّرط إنّما هو لعدم استيلاء الكافر على المصحف و العبد المسلم

و أمّا اعتبار وجود سائر الشّرائط حال العقد فلأنّ المفروض أنّ الإجازه ليست عقدا مستأنفا بل هى إنفاذ للعقد السّابق و إمضاء له فيعتبر فيه ما يعتبر فى سائر العقود أمّا شرائط نفس العقد فواضح و أمّا شرائط المتعاقدين من البلوغ و العقل و نحو ذلک و شرائط العوضين من كونه معلوما و مملوكا شرعا و نحو ذلک فلأنّ التبديل و العقد بين الشّيئين إنّما يصدر من الفضولى و طرفه كصدوره من الوكيل المفوض و طرفه فكما يشترط أن يكون طرف الفضولى جامعا للشرائط فكذلک الفضولى

و لا- يمكن قياس عقد الفضولى على عقد الوكيل فى إجراء الصّيغه من عدم اعتبار علمه بالعوض و أوصافه لأنّ القياس مع

الفارق فإنّ الوكيل فى إجراء الصّيغه ليس إلّا آله و هو بمنزله لسان الموكل و قلم الكاتب و هذا بخلاف الفضولى فإنّه هو الّذى يعقد و يوقع التبديل بين العوضين فعلم المجيز لا أثر له مع جهل الفضولى

هذا و لكن التّحقيق هو اعتبارها حين العقد و الإجازه معا لأنّ الإجازه و إن لم تكن عقدا مستأنفا إلّا أنّها دخيل فى الاستناد إلى المالك فمع فقد الشّرائط حينها لا يمكن أن يستند العقد إليه نعم لا يعتبر استمرار جميع الشّرائط من زمان العقد إلى زمان الإجازه فإن بقاء المتعاقدين على شروط الصّيغه لا وجه له بلا إشكال

إنّما الإشكال فى شروط العوضين فإنّه لو كان المبيع حين العقد خلا ثم صار خمرا ثم تبدّل و انقلب إلى الخلّ حين الإجازه فتأثير الإجازه فى غايه الإشكال لأنّه يمكن أن يقال إنّ الخلّ بمجرّد انقلابه إلى الخمر يخرج عن قابليّه تعلّق الإجازه بالعقد الواقع عليه

و على هذا فالوجوه المحتمله خمسه كفايه وجود الشّرائط حين العقد

و كفايه وجودها حين الإجازه و اعتبار وجودها حينهما و اعتبار استمرارها من حين العقد إلى حين الإجازه و التّفصيل بين شروط العوضين و شروط المتعاقدين و على أىّ حال كفايه وجودها حين الإجازه لا وجه له فإنّ المبيع لو كان خمرا حين العقد فهذا غير قابل لأن تتعلّق به الإجازه و إن انقلب إلى الخلّ قبلها

[الثّانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتّفصيل]

قوله قدّس سرّه الثّانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتّفصيل إلى آخره

لا يخفى أنّه لا يجرى فى المقام ما يجرى فى الوكاله فإنّها تصحّ على نحو الإطلاق و إن لم تصحّ على نحو الإبهام و أمّا الإجازه فلا معنى لتعلّقها بالعقد على نحو الإطلاق لأنّ عقد الفضولى وقع على شى ء خاصّ و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدلّه الدالّه على نفوذ الإجازه بل حكمها حكم تعلّق الوكاله بالأمر المبهم الّتى لا اعتبار بها عند العقلاء مع أنّها تندرج فى عموم نهى النّبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر

و بالجمله مقتضى ما ذكرنا من أنّ الاستناد يتحقّق بالإجازه عدم صحّه تعلّقها بالأمر المبهم و تعلّقها بالأمر المشكوك بأن يجيزه على تقدير وقوعه فإنّها تقع لغوا و إن انكشف وقوعه لا لما ذكره المصنف قدّس سرّه من أنّ بالإجازه يخاطب المالك بالوفاء بالعقد فتشبه العقود فبطلان التّعليق فيها مستلزم لبطلانه فيها فإنّ مجرّد الشّباهه لا يوجب الإلحاق فى الحكم بل لما ذكرنا من أنّ بها يتحقّق الاستناد و هى من الإيقاعات و الإيقاع لا يقبل التّعليق ثم إنّ هذا كلّه بناء على بطلان التّعليق مطلقا و أمّا بناء على صحّته إذا كان المعلّق عليه حاصلا كما فى المقام و صحّته فيما إذا كان موضوعا كتعليق الطّلاق على الزّوجيّه فلا وجه لاحتمال البطلان و لعلّه لهذا أمر قدّس سرّه بالتأمّل

[الثالث المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير و إمّا العقد الواقع على عوضه]

قوله قدّس سرّه الثالث المجاز أمّا العقد الواقع على نفس مال الغير إلى آخره

لا يخفى أن محلّ البحث إنّما هو فى العقود الطّوليّه من حيث الترتّب لا فى العقود العرضيّه و لو كانت طوليّه بحسب الزمان و بعباره أخرى موضوع بحث الفقهاء فى العقود المترتّبه على مال المجيز أو على عوضه إنّما هو فيما إذا أوقع المشترى العقد على مال المجيز كما إذا اشترى كتاب زيد من الفضولى ثم باع المشترى الكتاب من عمرو ثم باعه عمرو و هكذا فى طرف العوض كما إذا وقع المعامله على ثمن الكتاب و أمّا إذا وقع عقود متعدّده من فضول واحد أو متعدّد فى زمان واحد أو أزمنه مختلفه على مال المالك فهو خارج عن محلّ الكلام لأنّه ليس للمالك إلّا إجازه واحد منها فلو بيع كتابه بدرهم ثم بيع هذا الكتاب فى زمان البيع الأوّل أو بعده بدينار ثم بيع هذا ثالثا بثوب فلا يكون الصّحيح من هذه العقود إلّا ما أجازه المالك و صحّته لا تتوقّف على صحّه غيره و لا تستلزمه فيقع غير ما أجازه باطلا

نعم بناء على عدم اعتبار مالكيّه المجيز حين العقد فللمجاز له إجازه عقد آخر من العقود مطلقا سابقا كان أو لاحقا بناء على الكشف و النّقل لأنّ المجاز له بإجازه المالك صار مالكا فله إجازه أى عقد تعلّق بماله سواء وقع من غيره أو منه و يحتمل أن يصحّ له و لو بلا إجازه إذا صدر منه فإن المقام من صغريات من باع شيئا ثم ملك و بناء على اعتبار مالكيّه المجيز حين العقد فعلى الكشف له إجازه ما وقع بعد عقده دون ما وقع قبله و على النّقل ليس له الإجازه مطلقا

و بالجمله محل البحث إنّما هو فى العقود المترتّبه و ترتّبها إمّا بوقوع العقود من أشخاص متعدّده على نحو تعاقب الأيدى و إمّا بوقوعها على أثمان متعدّده و لو من شخص واحد و الترتّب تاره يقع فى أحد العوضين و أخرى فى العوض و المعوّض و المصنف إنّما عدل عن تعبير الفقهاء من أنّ

فى العقود الواقعه على المثمن يصحّ المجاز و ما بعده و فى العقود الواقعه على الثّمن يصحّ و ما قبله إلى ما ذكره لإدخال الترتّب التّركيبى فإنّ تعبيرهم مختصّ بالترتّب البسيط أى الواقع على أحد العوضين

و حيث إنّ تصوير الصّور فى غايه الصّعوبه و إن كان حكمها فى غايه السّهوله فلا بأس بذكر جميع الصّور الّتى فرضها المصنف ثم إنّ قوله قدّس سرّه و على كل منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو وسطه ليس لبيان التّقسيم لكلّ من القسمين بل المراد أنّ المجاز إمّا أوّل عقد وقع على المال و إمّا آخره أو وسطه و هكذا المجاز إمّا أوّل عقد وقع على عوضه أو آخره أو وسطه ثم الوسط إمّا أن يكون مثل الأوّل و الآخر فى وقوعه على ما وقعا و إمّا أن يكون غيرهما فلو كان مثلهما فهذا ترتّب بسيط و هو ما عنونه الفقهاء كما لو باع الفضولى عبد زيد بدرهم من عمرو فباع عمرو المشترى العبد بدينار من بكر ثم باعه بكر بثوب من خالد و هكذا فكلّ بائع يبيع العبد الّذى اشتراه و أمّا لو كان واقعا على غير ما وقع الأوّل و الآخر فهذا ترتّب تركيبى

و كلّ وسط من المال أو العوض يتصوّر على أقسام أربعه فيصير المجموع ثمانيه و بانضمام الأربعه الواقعه على المال أو العوض يصير المجموع اثنى عشر لأنّ العقد المجاز إمّا أوّل عقد واقع على مال المالك أو آخر عقد أو وسط واقع بين عقدين واقعين على مال المالك أو وسط بين عقدين واقعين على عوض مال المالك أو وسط أوّله وقع على المال و آخره على العوض أو بالعكس

و هكذا لو كان المجاز العقد الواقع على العوض فإنّه إمّا أوّل عقد وقع على العوض أو آخر عقد كذلك أو وسط بين عقدين واقعين على العوض أو بين عقدين واقعين على المعوض أو بين عقد وقع على المعوض و عقد وقع على العوض أو بالعكس فهذه اثنا عشر و لكلّ صوره صور كثيره لإمكان ترامى العقود بالنّسبه إلى كلّ عوض و عوض عوضه و الأمثله الّتى ذكرها المصنف جامعه لجميع الصّور الاثنى عشر فأوّل عقد وقع على مال المالك بيع عبده بفرس و وسطه بيع صاحب الفرس العبد بكتاب و آخره بيع صاحب الكتاب العبد بدينار

و أوّل عقد وقع على عوض مال المالك أى الفرس هو بيع الفضولى الفرس بدرهم و وسطه بيع الدّرهم الّذى هو عوض عن الفرس برغيف و آخره بيع الرّغيف بالعسل فإنّ الرّغيف عوض عن الدّرهم و الدّرهم عوض عن الفرس و الفرس عوض عن العبد و قلنا إنّ الترامى فى العوض إنّما هو بتبدّل الأثمان و أمّا تبديل الثّمن الواحد و هو الفرس مرارا فهو كبيع مال المالك مرارا ثم إنّ الوسط الّذى ذكرناه فى القسمين هو الوسط الواقع بين عقدين واردين على مورده عوضا كان أو معوّضا

و هذه الأقسام هى الّتى ذكرها الفقهاء فبقى ست صور للوسط ثلاث منها كون الوسط المجاز هو العقد الواقع على مال المالك و كان قبله و بعده واردين على العوض أو كان قبله مثله دون بعده أو بالعكس و ثلاث منها كون الوسط المجاز هو العقد الواقع على عوض مال المالك و كان قبله و بعده واردين على المعوّض أو كان قبله مثله دون بعده أو بالعكس فالأوّل كبيع العبد بكتاب الواقع بين بيع الفرس بالدّرهم و بيع الدّينار بجاريه و الثّانى كما لو بيع أوّلا عبد المالك بفرس ثم باع العبد صاحب الفرس بدينار ثم بيع الفرس بدرهم و الثّالث كما لو بيع بعد بيع العبد بفرس الفرس بالدّرهم ثم العبد ثم بالكتاب ثم العبد

بالدّينار فإجازه بيع العبد بالكتاب إجازه متعلّقه بالعقد على مال المالك الّذى هو الوسط

بين العقد الواقع على العوض و العقد الواقع على المعوض

نعم فى مثل هذه الصوره لا بدّ من فرض أربعه عقود حتى يكون قبل الثالث العقد واقعا على العوض و الرابع كبيع العبد أوّلا بفرس ثم بيع الفرس بدرهم ثم بيع العبد بكتاب و الخامس كبيع الدّرهم الّذى هو بدل البدل برغيف و الرّغيف بعسل ثم بيع العبد بكتاب و السّادس كبيع العبد بفرس ثم العبد بكتاب ثم الفرس بدرهم ثم الدّرهم برغيف

و لا يخفى أنّ بيع الدّرهم بالرّغيف الّذى ذكره المصنف فى بدل البدل من جهه هو الوسط الّذى قبله عقد وارد على مورده و هو بيع الفرس بالدّرهم و بعده كذلك أيضا و هو بيع الدّرهم بحمار و من جهه هو الوسط الّذى قبله عقد وارد على غير مورده و بعده كذلك أيضا فإنّ قبله أولا بيع العبد بالفرس ثم بيع الفرس بدرهم فالفرس بدل الدّرهم و العبد بدل الفرس و بعده أولا بيع الدّرهم بحمار ثم بيع الرّغيف بعسل فالرّغيف بدل للدّرهم

ثم لا يخفى أنّ فى الصّورتين من تعلّق إجازه المالك بماله و فى الصّورتين من تعلّق إجازته ببدل المال لا محلّ للترتّب الطّبعى و إنّما هو ترتّب زمانى فلا ترتبط بما هو المهم من محلّ البحث من أنّ إجازه البيع الواقع على المال فسخ لما قبله و مستلزم لصحّه ما بعده و إجازه البيع الواقع على البدل متوقف على إجازه ما قبله و غير متعرّض لما بعده و ذلك لأنّ المجاز لو كان العقد المتعلّق بالمال فلو كان قبله و بعده واردين على مورده أو بعده وحده واردا على غير مورده لكان الأمر كما ذكره المصنف من أن إجازه الوسط إسقاط لما قبله و إجازه لما بعده و أمّا لو كان القبل و البعد كلاهما واردين على غير مورده أو خصوص ما قبله كبيع الفرس بالدّرهم الواقع قبل بيع العبد بالكتاب فإجازه العبد بالكتاب لا تستلزم فسخ بيع الفرس بالدّرهم و إن استلزمت فسخ بيع العبد بالفرس لأن صحّه بيع الفرس بالدّرهم تدور مدار إجازه مالكه و فسخه

و هكذا لو كان بعد بيع العبد بالكتاب وقع عقد على غير مورد مال المالك كبيع الدينار بالجاريه هذا حال تعلّق الإجازه بمال المالك و أمّا لو تعلّق ببدل المال فالعقد المجاز لو كان قبله و بعده واردين على مورد البدل أو كان خصوص قبله كذلك فالأمر كما ذكره المصنف

و أمّا لو كان كلّ منهما واردين على غير مورد البدل أى على بدل البدل أو خصوص ما قبله فأين التوقّف لأنّ الترتّب الطبعى لا يتصور بين بدل البدل و نفس البدل إلّا أن يكون البيع واقعا أوّلا على البدل ثم على بدله و أمّا لو كان واقعا أوّلا على بدل البدل ثم على البدل فهذا ليس إلّا ترتّبا زمانيّا كما إذا وقع البيع أوّلا على الدّرهم برغيف ثم بيع الدينار بالجاريه

نعم لو كان المراد من بدل البدل بدل المورد لا مطلق بدل بدل المالك فلا محاله العقد المجاز لو كان واردا على بدل المال فقبله هو الواقع على بدل مال المالك كما لو أجاز بيع الدّرهم بالرّغيف الّذى قبله بيع العبد بالفرس و الفرس بدل المورد فإنّ الدّرهم بدل الفرس و بيع العبد بالفرس لا محاله يقع قبل بيع الدّرهم بالرّغيف فإن صحّه بيع الدّرهم به مترتّب طبعا على صحّه بيع الفرس بالدّرهم و بالجمله و إن أجاد المصنف فى إدخال الترتّب التّركيبى فى محلّ البحث إلّا أنّه لا يدخل فى الترتّب الطّبعى إلّا بعض صوره فلا بدّ من تقييد قوله بما يقتضيه الترتّب كذلك

و توضيح ذلك أنّ كلّ عقد يتوقف صحته على صحّه ما قبله فإجازته إجازه لما قبله فإجازه بيع الرّغيف بالعسل تتوقّف على إجازه بيع الدّرهم بالرّغيف و هو على بيع الفرس بالدّرهم و هو على بيع العبد بالفرس و كل عقد

يستلزم صحّه المجاز صحّته فهو يصحّ أيضا بصحّه المجاز فإجازه بيع الفرس بالدّرهم يستلزم صحّه كل عقد وقع على العبد من صاحب الفرس الّذى ملكه أى تستلزم صحّه بيع العبد بالدّينار و بيع الدّينار بالجاريه و هكذا

فعلى هذا ينحصر صحّه العقد بالتوقّف أو الاستلزام بما إذا وقع فى سلسله المجاز كما إذا باع بائع الفرس الدّرهم بالرّغيف فإنّ صحّه بيع الفرس بالدّرهم مستلزم لصحّه بيع الدّرهم بالرّغيف و أمّا لو وقع فى غيره هذه السلسله كما إذا بيع العبد أوّلا بفرس ثم باع فضولى آخر غير مالك الفرس الفرس بدرهم ثم بيع الدّرهم برغيف من غير مالك الدّرهم فلا تقتضى صحّه بيع الفرس بالدّرهم صحّه بيع الدّرهم بالرّغيف بل يحتاج إلى إجازه مالك العبد الّذى صار مالكا للفرس فصار مالكا للدّرهم

ثم إنّ توضيح حكم جميع الصّور يتوقّف على تمهيد أمور قد تقدم الإشاره إلى بعضها الأوّل أنّ الترتّب فى المال منحصر فى صدور العقود من أشخاص متعدّده و فى عوضه فى صدوره من شخص واحد على أثمان مختلفه الثانى أن إجازه الوسط لو تعلّقت بالمال تقتضى فسخ ما قبله و تستلزم إجازه ما بعده و لو تعلّقت بالبدل فتتوقّف على إجازه ما قبله و ساكته عمّا بعده فلو باع الفضولى عبد المالك بفرس ثم المشترى للعبد باعه بكتاب ثم من اشتراه بالكتاب باعه بدينار فإجازه مالك العبد بيع العبد بالكتاب ردّ لبيع العبد بالفرس و مستلزم لصحّه بيعه بالدينار و لو باع الفضولى الفرس الّذى كان بدلا للعبد بدرهم و باع الدّرهم برغيف تتوقّف على إجازه بيع الفرس بالدّرهم و أمّا بالنّسبه إلى الرّغيف بالعسل فلا تستلزم صحّته فلمالك الرّغيف الّذى صار مالكا له بإجازه بيع الدّرهم بالرّغيف إجازه بيعه بالعسل الثّالث أن ما ذكر من حكم الردّ و الاستلزام و التوقّف إنّما هو بالنّسبه إلى سلسله المعاملات الواقعه على الثمن و المثمن و أمّا المعامله الواقعه على بدلهما فى جميع السّلسله فليس كذلك

و حكم الجميع أنّه لو أجاز المالك بيع العبد بالكتاب فإجازته فسخ بالنّسبه إلى بيع العبد بالفرس و أمّا بالنّسبه إلى بيع الفرس بالدّرهم فهى غير متعرّضه له فلمالك الفرس إجازته و لو أجاز المالك بيع الدّرهم برغيف فإجازته تتوقّف على إجازه بيع الفرس بالدّرهم و هى على إجازه بيع العبد بالفرس و ساكته عن بيع الرّغيف بالعسل و لكنّها مستلزمه لصحّه بيع الدّرهم بالحمار لأنّ الدّرهم صار ملكا لصاحب الرّغيف فلو باعه بالحمار صحّ هذا البيع و أمّا بيع صاحب الفرس العبد بالكتاب فإجازه بيع الدّرهم بالرّغيف لا تتوقّف على صحّته بل مستلزم لها

و حاصل الكلام أنّ توقّف صحّه عقد على صحّه عقد آخر إنّما هو بالنّسبه إلى ما كان الثّانى مترتّبا طبعا عليه لا بالنّسبه إلى غيره فكلام المصنف قدّس سرّه لا يتمّ بإطلاقه ثم إن اقتضاء إجازه عقد ردّ عقد آخر أو عدم تعرّضه له غير موجب لبطلان العقد رأسا بل قد يرجع أمر المردود أو المسكوت عنه إلى مالك المال كإجازه بيع الرّغيف بالعسل و قد يرجع أمره إلى الثّالث كبيع الدّرهم بحمار و قد يرجع إلى الطّرف كبيع الفرس بدرهم الرابع أنّ العقود الصّحيحه بالاستلزام إنّما هو على الكشف دون النّقل و أمّا بناء عليه فيبتنى على ما تقدم من اعتبار ملكيّه المجيز حال العقد و عدمه ثم إنّ صحّتها بالكشف إنّما هو بعد إجازه من انتقل إليه المال كشفا لما تقدّم من اعتبار كون البيع بعنوان أنّه ماله فلو علم المشترى بكون البائع فضوليا أو غاصبا فلا يبيع ما اشتراه بعنوان أنّه ماله فبعد

تحقّق الإجازه من المالک یتوقّف صحّه بیع المشتری علی الإجازه منه

نعم بناء علی کفایه بیع المالک الواقعی فی الصّحه فبیعه یصحّ بالاستلزام مطلقا

قوله قدّس سرّه ثم إنّ هاهنا إشکالا فی شمول الحکم لجواز تتبع العقود لصوره علم المشتری بالغصب إلی آخره

لا یخفی أن منشأ الإشکال هو فتوی المشهور بأنّ الثّمن إذا تلف عند البائع الغاصب لا یجوز للمشتری مع علمه بالغصب مطالبه الغاصب بمثله أو قیمته فینبغی البحث أولا عن المنشإ و ثانیا عمّا نشأ عنه

أمّا المنشأ فمقتضی تسلیط المشتری الغاصب علی الثّمن أن لا یکون له المطالبه به و لا یقال إنّه سلّطه علیه بإزاء المثمن لأنّ مع علمه بأنّه لیس له لا یمکن أن یجعله ضامنا بالضّمان المعاوضی بأن یکون الثّمن عوضا عن المثمن و المفروض عدم جریان ضمان الید فیه أیضا لعلم المشتری بکونه غاصبا و لازمه التّسلیط المجانی فیکون من صغریات قاعده ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده الّتی أسّست لتشخیص موارد تخصیص قاعده الید

و أمّا ما أنشأ عنه و هو البحث عن تتبع العقود فتاره یقرّر الإشکال بالنّسبه إلی نفس بیع الغاصب حتی یسری منه إلی العقود المترتّبه و أخری بالنّسبه إلی العقود المترتّبه و بیانه علی الأوّل یظهر من حواشی الشّهید قدّس سرّه و حاصله أن تسلیط المشتری الغاصب إنّما هو بنفس المعامله معه و الاشتراء منه و هذا علی وجهین الأوّل أن یکون مرجع الاشتراء من الغاصب إلی هبه و تملّک للمبیع مجّانا فکأنّه صدر منه إیقاعین هبه مجانیه بالنّسبه إلی الغاصب و تملّک کذلک بالنسبه إلی المغصوب منه و الثّانی أن یکون الغرض من اشترائه منه استنقاذ المبیع منه کاشتراء الحرّ المسلم من الکافر و بیع المیّته من مستحلّیه و نحو ذلک ممّا لا یقصد فیه المعاوضه الحقیقیّه و مقتضی ذلک دخول الثمن فی ملک الغاصب مع عدم دخول المبیع فی ملک المشتری

و بیانه علی الثّانی یظهر من فخر المحقّقین و حاصله أنّ التّسلیط إنّما هو بدفع الثمن إلیه و إقباضه إیاه فعلی الأوّل لا یصحّ للمالک إجازه بیع الغاصب أیضا لأنّه لم یجعل بإزاء المبیع ثمن و علی الثّانی لا یصحّ إجازه العقود المترتّبه علی الثّمن لأنّ الثّمن بتسلیم المشتری إلی الغاصب و تصرّف الغاصب فیه یصیر ملکا له فعقده علیه یکون عقدا فی ملکه فلیس للمالک إجازته و هذا بخلاف العقد الأوّل فإنّ للمالک إجازته و أخذ ثمنه من المشتری

و لکنّه لا یخفی أنّ تقریر الإشکال علی الوجه الأوّل فاسد فإنّ هذا إشکال فی أصل بیع الغاصب و بعد ما عرفت صحّته لتحقّق قصد المعاوضه منه فیندفع به إشکال قصد المشتری فإنّه لا یقصد بشرائه التّسلیط المجانی بل یقصد التبدیل بین المالین حقیقه فإنّه یفرض الغاصب مالکا و یعامل معه معامله المالک مع المالک فلو قلنا بأنّه لیس للمشتری مطالبه الغاصب بالمثل أو القیمه عند التّلف فلا یقتضی عدم صحّه البیع للمالک إذا أجاز مع بقاء عین ماله عند المشتری و تصرف الغاصب فیها بنقلها إلی المشتری لیس بحکم التّلف حتی لا یقبل لتعلّق الإجازه به

و بالجمله توهّم أنّ المشتری لم یقصد المعاوضه بل قصد الهبه أو التملّک أو الاستنقاذ فاسد جدّا فالبیع الأوّل قابل لتعلّق الإجازه

به إذا كان الثّمن غير تالف بالتّلف السّماوى سواء أتلفه بالتّلف الخارجى أو الحكمى كما إذا اشترى به الغاصب شيئا أم كان باقيا عنـده و سواء قلنـا بالكشف أم النّقل لأنّ على جميع هـذه التّقادير للمغصوب منه إجازه البيع فيملك الثّمن و يرجع إلى الغاصـب بناء على أنّ التّمليك بالتّسليط الخارجىّ مقيّد بصوره الردّ دون الإجازه

و هذا و إن لم يكن فى بادى النّظر خاليا عن الإشكال من حيث إنّ المالك لم يقيّد فى مقام التّسليم تمليك الغاصب بصوره الردّ إلّا أنّ مقتضى ما ذكرنا من قابليّه العقد الأوّل للإجازه أن يكون التّسليم مبتيّا على المعاوضه و من جهه فرض الغاصب مالكا فله الرّجوع إلى الغاصب إذا أجاز مع بقاء الثّمن عنده بل مع التّلف الملحق بالبقاء و على أىّ حال فنفس المعامله معه لا يقتضى عدم قصد المعاوضه

و أمّا تقرير الإشكال على الوجه الثّانى ففيه أوّلا- أنّ هذا الإشكال مبنىّ على النّقل دون الكشف إلّا أن يقال باطّراده حتّى على الكشف لأنّ التّسليم إلى الغاصب على هذا المبنى و إن كان تسليما من غير المالك فلا يصير الغاصب مالكا إلّا أنّه يشترط فى صحّه العقد كشفا بقاء قابليّه العقد للإجازه إلى زمان الإجازه و بعد إتلاف المشترى الثّمن بتسليمه إلى الغاصب و إتلافه الغاصب بنقله إلى الغير لا يبقى محلّ للإجازه فتأمل و ثانيا لا يثمر هذا التّسليط أثرا فى المقام لا لما ذكره فخر المحقّقين من أنّ الغاصب يؤخذ بأخسّ الأحوال و المالك بأجودها فإنّ هذا الكبرى على فرض تسليمها لا تنطبق على المقام لأنّ مقتضاها أنّ ما يؤخذ منه يؤخذ بأشقّ الأحوال و أمّا إذا فرض أنّ تسليم المشترى يقتضى تملّك الغاصب الثّمن فتعلّق الحقّ من المالك بالمال ممنوع و حقّ الإجازه ليس من الحقوق بل هو حكم شرعىّ معناه جواز التملّك بها فى المحلّ القابل لأنّ التّسليط المالكى لا يقتضى إلّا الإباحه نعم مقتضى الإباحه عدم ضمان المباح له عند التّلف

و بالجمله إنّما قلنا بجواز التصرفات المتوقّفه على الملك فى المعاطاه بناء على الإباحه لقيام السّيره و الإجماع عليه و إلّا فمجرّد التّسليط الخارجى من دون هبه و لا تضمين معاوضى لا يقتضى الملك و المفروض عدم كون التسليم هبه و عدم إمكان تضمين الغاصب أيضا حتّى يملك المضمون فإنّ مع تضمين المغصوب منه الذى هو مقتضى قابليه العقد لإجازته لا يعقل أن يكون فى عرض هذا الضمان ضمان آخر فلا يمكن أن يكون التّسليم إلى الغاصب موجبا لتمليكه إلّا فى صوره الردّ لأنّه ليس بإزائه شى ء فمرجعه إلى الهبه

فتمليك الغاصب الثمن يتوقّف على أمرين الأوّل أن يكون تسليطا من المالك و الثّانى أن يكون مجّانيا فعلى الكشف كلاهما منتفيان لأنّ المال ليس له حتّى يقتضى تسليطه تمليكا و على النّقل ليس تسليطا مجانيا لأنه دفعه إليه مبنيا على المعاوضه فالتّسليط إنّما هو بإزاء ملك المغصوب منه و لا- يمكن قياسه على ما إذا دفع الثّمن إلى الأجنبى للفرق بينهما فإنّ التّسليم إليه ليس مبتيّا على المعاوضه فيقتضى أن يكون هبه و فى المقام مبنى على المعامله فيكون الإقباض فيه كالإقباض فى العقود الفاسده و المشترى يسلّط الغاصب على الثمن بإزاء تسليط الغاصب المثمن له لبنائهما على مالكيه الغاصب فيوقعان التّبديل بين ملكى المالكين

إن قلت فهذا يقتضى أن يكون الغاصب ضامنا فى صوره التلف و إن لم يجز المغصوب منه لأن تسليط الغاصب مبنى على كونه مالكا ففى الحقيقه قصد المشترى تسليط المالك فلو تلف عند الغاصب ضمنه لعدم تحقّق رافع الضّمان و بعباره أخرى إن كان التّسليم مبتيّا على المعاوضه و يسلّمه إليه بما أنّه مالك فلم يقصد التّسليط المجانى فلا وجه لرفع الضّمان عنه عند التّلف فضلا عن الإتلاف أو النّقل إلى الغير و إن لم يكن مبنيا عليها لزم جواز تصرف الغاصب وضعا و تكليفا فليس للمالك تتبع العقود إذا اشترى به شيئا

قلت لا إشكال فى أنّ التّسليم مبنىّ على المعاوضه فإنّه بعد فرض المشترى الغاصب مالكا يملكه الثمن إلّا أنّ هذه الجهه التّعليليه و هى كون الغاصب مالكا ادّعاء مصحّحه للقصد المعاوضى

فقط لا- للتّسليم الخارجىّ أيضا و ذلک لأنّ الجهات و العناوين يمكن أن تكون موضوعات للأمورات الاعتباريه كالأحكام الشرعيه و الإنشاءات المعامليّه فينشأ المشترى مع الغاصب بما أنّه مالک و بهذا اللّحاظ تصحّ إجازه المغصوب منه و تنفذ إلّا أنّ هذه الجهات لا- يمكن أن تكون موضوعات للأمور الخارجيّه فإنّها لا تتغيّر بالقصد و الخيال فلو ضرب أحد لكونه عدوّا وقع الضرب عليه و لو كان صديقا فتسليم المشترى الثمن إلى الغاصب لكونه مالكا لا يجعل المسلّم إليه هو المالک الحقيقى بل المسلّط هو شخص الغاصب و كونه مالكا جهه تعليليّه فلا- يمكن تضمين الغاصب بهذا الدّفع لأنّ المفروض أنّ الضّمان المعاوضىّ مع المالک و فى مال واحد لا يمكن جعل ضمانين فالتّسليم إليه كالتّسليم إلى الأجنبى فإذا تلف المال عنده لا يضمن لأنّ نفس التّسليط الخارجى يرفع ضمان اليد فلا تنافى بين كون طرف المعاوضه هو الغاصب لكونه مالكا و عدم كونه ضامنا فى صوره التّلف السّماوى

نعم يضمنه فى صوره الإتلاف لأن التّسليم غير موجب لجواز التصرّف تكليفا و وضعا إلّا إذا أذن له فى الإتلاف كما لا شبهه فى جواز الاسترداد منه إذا كان باقيا عنده لأنّ التّسليم لا يزيد من الهبه المجانيّه فتلخّص ممّا ذكرنا صحّه ما أفتى به المشهور من عدم ضمان الغاصب إذا تلف الثمن عنده بتلف سماوىّ و جواز إجازه المغصوب منه أصل البيع و فروعه و فساد ما ذهب إليه بعض من عدم جواز استرداد الثمن منه و لو كان باقيا عنده و ظهر أيضا عدم جواز تصرّف الغاصب فيه وضعا و تكليفا و كلّ ذلک ليس إلّا لأنّ الغاصب من حيث جهه المعامله بمنزله المالک و من حيث التّسليم إليه بمنزله الأجنبى واسطه فى إيصال الثّمن إلى المالک فلو تلف عنده من غير تفريط لا ضمان عليه

تذنيب بعد ما ظهر عدم الفرق فى العقود المترتّبه بين أن يكون العقد الأوّل صادرا من الغاصب و أن يكون صادرا من غيره فيجرى فيها لو صدر من الغاصب ما يجرى فيها إذا صدر من غيره و تقدم أنّ الإجازه المتعلّقه بمال المجيز بناء على الكشف الحقيقىّ مستلزمه لصحّه ما بعده ممّا ورد على مورده و فسخ بالنّسبه إلى ما قبله و الإجازه المتعلّقه بالعوض متوقّفه على صحّه ما قبله و ساكته عمّا بعده و أمّا بناء على النّقل فيبنى على اعتبار ملک المجيز حين العقد و عدمه و على هذا فيقع البحث فى الكشف الحكمى فى أنّ التوقّف و الاستلزام هل يجرى فيه أيضا أو أنّه فى هذا الحكم كالنّقل

و الظّاهر أنّه فى مسأله الاستلزام كالكشف الحقيقىّ فإنّ العقود المترتّبه على مال المجيز صحّتها بإجازه العقد السّابق عليها إذا كان من هذه السّلسله من الآثار الممكنه الترتّب على الإجازه لأنّ من أثر إجازه مالک العبد بيع العبد بالفرس هو أن يصحّ بيع مشترى العبد العبد بكتاب و هكذا بيع الثّالث العبد بدينار و أمّا فى مسأله التوقّف فيشكل الأمر لأنّ توقّف صحّه العقد المجاز على صحّه العقد السابق عليه ليس من المداليل اللّفظيّه حتّى يطّرد الحكم بناء على الكشف الحكمى بل مرجعه إلى دلاله الاقتضاء

و حاصلها أن صحه المعلول يتوقف على صحّه ما هو بمنزله العلّه و جريان هذه الدّلاله الاقتضائيه على الكشف الحكمى فى غايه الإشكال سيّما بناء على كونه من باب التعبّد فإنّ الحكم بتحقّق علّه الأمر المتأخّر سابقا ليس من الأمور الممكنه الترتّب حتى تترتّب من حين العقد بسبب تحقّق الإجازه بعد ذلک بل يمكن منع ذلک بالنّسبه إلى الكشف الحقيقى أيضا فإنّ الالتزام بهذا المحال إنّما هو فرع قابليّه

العقد للإجازه و قابليّته لها إذا توقّفت على صحّه البيع السّابق لا يمكن أن يصحّح البيع السّابق بهذا الإجازه

و بعباره أخرى لو دلّ دليل على صحّه تعلّق إجازه المالك بأىّ عقد من العقود لقلنا صحّه إجازه العقد الوسط تقتضى صحّه العقد السّابق عليه بدلاله الاقتضاء و أما لو لم يكن هناك دليل خاص فدلاله الاقتضاء غير جاريه

[مسأله فى أحكام الردّ]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله فى أحكام الردّ إلى آخره

بعد ما تبيّن سابقا تأثير ردّ المالك كإجازته و أنّ من شرائط الإجازه أن لا يسبقها الردّ فالكلام يقع فى أحكام الردّ فمنها اعتبار وقوعه إمّا بالقول الصّريح أو الفعل الّذى هو مصداق لهذا العنوان بالحمل الشّائع و لا يتحقّق بمجرّد الكراهه باطنا و نيّه الردّ قلبا لما تقدم من أنّ عناوين العقود و الإيقاعات من الإنشائيّات فلا بدّ من تحقّقها بما هو آله لإنشائها من القول أو الفعل

و على هذا فالبحث يقع فى مقامين الأوّل فى تحقّقه بالقول و هذا لا إشكال فيه لأنّ الألفاظ الدالّه على هذا المعنى آله لإنشائه فيقع بقوله رددت و فسخت و نحوهما ثم قد تقدم أنّه لو وقع الردّ بالقول بطل العقد رأسا و ليس قابلا لتعلّق الإجازه به لا من هذا الرّاد و لا من غيره فلو انتقل بعد الردّ إلى الغير فلا يؤثّر إجازه الغير أيضا وارثا كان أو غيره

الثّانى فى تحقّقه بالفعل و لا إشكال فيه بحسب الكبرى فإنّ الردّ من العناوين القابله لتحقّقها بالفعل و ليس كالنّكاح الّذى لا يقبل تحقّقه بالفعل فإنّ الفعل فيه من السفاح الّذى هو ضدّ للنّكاح و إنّما الإشكال فى الصّغرى فإنّا لا نجد فعلا يكون مصداقا للردّ بالحمل الشّائع الصّناعى و لا يقاس على الخيار فى تحقّق طرفيه من الفسخ و الإمضاء بالفعل فإنّ تصرّف ذى الخيار فيما انتقل عنه إنّما يكون فسخا لكونه تشبّثا بالملكيّه السّابقه و هو يحصل بكل تصرّف حتّى بالبيع الفاسد و عرض المبيع للبيع بإنكار البيع و أمّا تصرف المالک فى المقام فهو بمقتضى طبعه الأصلى فكاشفيّته النوعيّه عن الردّ فى محلّ المنع و لو مع التفاته إلى عقد الفضولى فلو قصد الردّ بفعل لا يكون مصداقا له بالحمل الشّائع دخل فى القصد المجرّد الّذى لا أثر له فى العقود و الإيقاعات و بالجمله الإشكال فى الصغرى فى محلّه نعم بعض الأفعال ممّا يوجب فوات محلّ الإجازه

و توضيح ذلک أنّ تصرّفات المالک على أقسام ثلاثه الأوّل أن تكون متلفا للموضوع حقيقه أو حكما كأكله و حرقه أو عتقه و وطيه الأمه المزوّجه فضولا و تزويجها من الغير الثّانى إخراجه عن الملک كبيعه و هبته الثّالث استيفاء منفعته إمّا بنفسه أو بإجارته من الغير و يلحق بالإجاره الرّهن على إشكال

و فى جميع هذه الأقسام لو قلنا بعدم صحّه الإجازه فليست من جهه كونها فسخا فعليا بل لعدم قابليّه العقد للإجازه و لذا نقول لو باعه فللمشترى إجازه العقد بناء على عدم اعتبار مالكيّه المجيز حال العقد فالبطلان بالنّسبه إليه لا يلازم البطلان رأسا و لكن

التّحقيق هو الفرق بين هذه الموارد إذ لا يبقى للإجازه محلّ فى القسم الأوّل و الثّانى من غير فرق بين الكشف و النّقل

و توهّم أنّه بناء على الكشف تكشف الإجازه عن وقوعه فى ملك الغير فقد ظهر سابقا فساده لأنّه و إن قلنا بالكشف الحقيقى إلّا أنّه لا بدّ من كشف إجازه المالك عن الملك من حين العقد لا إجازه من هو أجنبى لا علقه له بالمال فلو فرض صحّه التصرّف البيعىّ من المالك قبل الإجازه فهو يصير أجنبيّا فكيف يؤثّر إجازته و تكشف عن تحقّق الملك

لمن اشترى له الفضولى حال العقد

و بعباره أخرى كاشفيّه الإجازه عن الملك ليست أثرا قهريّا للفظ أجزت حتى تفيد صدورها من كلّ شخص بل إنّما هى حكم شرعىّ مترتّب على إجازه المالک حال الإجازه و على هذا فالتصرّف المتلف للمال حقيقه أو حكما أولى بعدم بقاء محلّ للإجازه من التصرّف النّاقل فإنّ المال التّالف يخرج عن ملكيه المجيز فلا يبقى محلّ للإجازه نعم ثبت بالدليل أنّ موت أحد الزّوجين غير مانع عن إجازه الآخر مع أنّ موت أحدهما كتلف أحد العوضين

و كيف كان ففى القسمين الأوّلين لا تؤثّر الإجازه و لو قلنا بالكشف الحقيقىّ و إنّما الكلام فى القسم الثّالث و هو التصرّف الغير المخرج عن الملک إمّا باستيفاء منفعته أو تلفها تحت يده أو إجارته أو تزويج الأمه المبيعه أو جعل حقّ للغير فيه كالرّهن و قبل بيان حكمه ينبغى التّنبيه على أمر و هو أنّ إلحاق مسأله الاستيلاد بهذا القسم لا وجه له لأنّ حكمه حكم القسمين الأوّلين فى أنّه مفوّت لمحلّ الإجازه لأنّ المدار فى تأثير إجازه المالک صحّه بيعه ابتداء و الاستيلاد مانع من البيع إذا عرفت ذلک فنقول كما يصحّ إجازه المالک إذا فاتت منفعه العين تحت يده و استوفاها بنفسه فكذلک تصحّ إذا تعلّق الإجازه بها فإنّ حكمها حكم استيفاء منفعه العين بنفسه فإنّها من أحد مصاديق استيفاء المنفعه و ذلک لأنّ الإجازه تتعلّق بالعين لا بالمنافع و تملّک المشترى المنافع إنّما هو لتبعيّتها للعين شرعا فبناء على النّقل لا إشكال فى أنّ العين تنتقل من حين الإجازه إلى الطّرف فكلّ منفعه تلفت تحت يد المالک أو استوفاها فلا ضمان عليه حتى فى مورد الإجازه فإنّ العين تنتقل إلى الطّرف مسلوبه المنفعه فى مدّه الإجازه غايه الأمر أنّ له الخيار لو لم يعلم كونها كذلک

و على أىّ حال لا موجب لعدم تأثير الإجازه و لا لضمان المالک و أمّا بناء على الكشف الحقيقىّ فحيث إنّ الإجازه تكشف عن وقوع التصرّف فى ملک الغير فعليه أجره المثل و لا إشكال أيضا فى صحّه الإجازه و هكذا حكم تزويج الأمه الّتى بيعت فضولا فإنّ تزويجها لا ينافى الإجازه على النقل و الكشف و إن أوجب الخيار للمشترى فى بعض الصّور

و على أىّ حال هذا التّرديد و الدّوران فى المتن غير وجيه لأنّه قدّس سرّه فى ردّ صاحب المقابس التزم بتأثير الإجازه حين الإمكان فما ذكر أخيرا و هو إيقاع الإجازه على غير ما تقع فى سائر المقامات لا سبيل إلى منعه و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى تأثير الإجازه على النّقل و لا إشكال أيضا على الكشف الحقيقى لأنّ تبعيّه النماء للعين لا تقتضى إلّا ضمان المجيز لو استوفاها فلا ينافى صحّه استيفائه لها مع إجازه العقد الواقع على العين غايه الأمر أنّه يضمنها لأنّ صحّه الاستيفاء إنّما تنافى الإجازه لو كان العقد واقعا على النّماء كأن آجر الفضولى العين و آجرها المالک بعد ذلک من الغير و أمّا بيع الفضولىّ و إجاره المالک فلا تنافى بينهما و إنّما يتوهّم الإشكال على الكشف الحكمى

و حاصل التوهّم هو أنّ تصرّف المالک بالاستيفاء غير موجب للضّمان و الإجازه تؤثر فى الآثار الممكنه و ضمان ما لا موجب لضمانه ليس من الآثار الممكنه فالجمع بين عدم ضمان المنافع و كشف العقد عن تبعيّه النماء للعين تعبّدا من حين العقد ممتنع و لكنّه فاسد لأنّ تصرّفاته بمقتضى إجازته وقعت فى حكم التصرّف فى مال الغير فيضمنها كضمانه لها بناء على الكشف الحقيقىّ

و بـالجمله إذا أمكن ملكيّه المجـاز له للعين فى زمان العقـد كما على الكشف الحقيقىّ أمكن ملكيته للمنافع من حين العقـد بناء على الكشف

الحکمی فالجمع بین جواز تصرّفه تکلیفا و وضعا و کونه فی حکم مال الغیر هو ضمانه للمنافع الّتی استوفاها فتدبّر جیّدا نعم

یقع الإشکال بناء علی الکشف الحقیقیّ و الحکمیّ فی المنافع الفائته تحت الید فإنّ المنافع مطلقا مضمونه بضمان الید علی من انتقل عنه العین قبل القبض و علی من انتقل إلیه بعده أی لو باع المالک فمنافع المبیع مضمونه علیه قبل تسلیمه المبیع إلی المشتری إلّا إذا کان مأذونا من قبل المشتری أو الشّارع فإنّه لا یضمن المنافع الفائته و بعد القبض یضمنها المشتری أی لو طرأ فسخ أو انفساخ فما استوفاها المشتری أو تلف تحت یده یضمنه للبائع و مقتضی ذلک هو الضمان فی المقام فإنّ الإجازه تکشف عن کون المبیع ملکا للمشتری حقیقه أو حکما من حین العقد فمنافعه مضمونه علیه بضمان الید

و کیف کان لا منافاه بین الإجاره و تأثیر الإجازه لأنّ حکمها حکم استیفاء نفس البائع المنفعه و الظّاهر أنّ وجه التأمّل فی قوله قدّس سرّه فتأمّل هو عدم الفرق بقی الکلام فی حکم الرّهن و نحن فی الدّوره السّابقه قوّینا إلحاقه بالإجاره لأنّه لیس من التصرّفات النّاقله للعین و لا المتلفه لها فلا یفوت به محلّ الإجازه

و لکنّ الأقوی إلحاقه بهما للتنافی بین کون المبیع للمشتری من حین العقد و صحّه رهن المجیز فإنّ رهن مال غیر المدیون إنّما یصحّ إذا رهنه نفس المالک بالمباشره أو بالإذن منه و أمّا إذا رهنه غیره فإمّا أن یبطل الرهانه و إمّا الإجازه و المفروض صحّه الرّهن فلا محلّ للإجازه و لا یقال لا مانع من تعلّق إجازه المجیز بما رهنه غایه الأمر أنّه یصیر فضولیا و یتوقّف نفوذه علی إجازه المجاز له لأنّا نقول لا معنی لکون رهن المجیز فضولیا إلّا إذا کان المال ملکا للمجاز له من غیر جهه إجازه المجیز و أمّا لو فرض أنّه بالإجازه ینکشف أنّه مالک فکاشفیّتها تتوقّف علی عدم تصرّفه فی المال علی نحو یخرجه عن الطّلقیه

و بعباره أخری کون المجیز هو الرّاهن ینافی إجازته و لا شبهه أنّه قبل الإجازه کان هو الرّاهن فکیف ینقلب الأمر بالإجازه و یصیر المجاز له هو الرّاهن و لو صحّ ذلک لجری فی البیع و نحوه و علی هذا فلا یصحّ الإجازه من مالک العبد الجانی فی بعض فروضه کما إذا تعلّق دیه الجنایه بذمّه المولی فإنّه مع ضمانه لا یمکن أن یکون عبده ملکا لغیره و أمّا إذا تعلّق القصاص علی رقبه العبد فلا مانع من الإجازه و تمام الکلام فی محلّه

[بقی الکلام فی التصرّفات الغیر المنافیه لملک المشتری من حین العقد]

قوله قدّس سرّه بقی الکلام فی التصرّفات الغیر المنافیه لملک المشتری من حین العقد کتعریض المبیع للبیع إلی آخره

لا یخفی أنّ التّفصیل الّذی أفاده فی المقام من کون العرض علی البیع ردا لو التفت إلی عقد الفضولی دون ما إذا لم یلتفت به غیر وجیه و الفحوی الّذی استدلّ بها غیر تامّه فإنّ الدّفع و إن کان أسهل من الرّفع فی الجمله و مقتضاه أن یکون ما به یرفع الأمر الثابت یدفع به أثر العقد المتزلزل من حیث الحدوث بطریق أولی فإذا کان العرض علی البیع بل إنکار البیع فسخا من ذی الخیار فکونهما ردّا للبیع الفضولی أولی و لکن هذه الأولویّه معارضه بأولویّه أخری و هی أنّه إذا لم یکن بیع المالک ردّا فعلیا فعرضه علی البیع أولی بعدم کونه ردّا

و بالجمله قد تقدّم منّا أنّ قياس المقام على فسخ ذى الخيار قياس مع الفارق لأنّ إجازه ذى الخيار و فسخه ليس إلّا لإعمال الحقّ من إقرار الالتزام أو رفعه و هما يحصلان بمجرّد التشبّث بالمنتقل إليه أو المنتقل عنه لأنّ العقد لا يقتضى بطبعه التصرّف فإذا تصرّف فى المعقود عليه فيقتضى أن يكون تصرّفه عن حق و لازمه الفسخ أو الإمضاء

و أمّا تصرف المالک فی المقام فلیس إلّا لاقتضاء طبع الملک ذلک و لیس التصرف و لو مع الالتفات إلی عقد الفضولی ردّا و إلّا لزم عدم إمکان الإجازه غالبا لملازمه غالب ما وقع علیه العقد فضولا مع تصرّف مالکه فینحصر إمکان إجازه عقد الفضولی بما إذا وقعت الإجازه فورا

و حاصل الکلام أنّ الفعل فی المقام لیس کالقول مسقطا لعقد الفضولی رأسا عن قابلیّه تعلّق الإجازه به بل إذا باع المالک فللمشتری إجازه عقد الفضولی فإذا لم یکن البیع فسخا بل کان مفوّتا لمحلّ الإجازه بالنّسبه إلی المالک فعدم کون التعریض علی البیع فسخا بطریق أولی و أمّا ما استدلّ به قدّس سرّه من الأخبار الدالّه علی حصول الردّ بالفعل ففیه نظر أمّا ما ورد فی نکاح العبد بغیر إذن مولاه کما فی موثّقه زراره عن أبی جعفر علیه السّلام سألته عن مملوک تزوّج بغیر إذن سیّده فقال ذاک إلی سیّده إن شاء أجازه و إن شاء فرق بینهما و کما فی خبره الآخر عنه ع سألته عن رجل تزوّج عبده بغیر إذنه فدخل بها ثم اطّلع علی ذلک مولاه فقال ع ذلک إلی مولاه إن شاء فرق بینهما و إن شاء أجاز نکاحهما و للمرأه ما أصدقها إلخ فلا یدلّ إلّا علی أنّ أمر النّکاح بید المولی إن شاء أجاز و إن شاء ردّ و أمّا أنّ الردّ بم یتحقّق فلا تعرّض له فیه

و أمّا ما ورد فیمن زوجته أمّه کما فی خبر محمّد بن مسلم عن الباقر ع أنّه سأله عن رجل زوجته أمّه و هو غائب قال ع النّکاح جائز إن شاء المزوّج قبل و إن شاء ترک فإن ترک المزوّج تزویجه فالمهر لازم لأمّه فهو فی غایه الضّعف من الظّهور لأنّه یدل علی أنّ الخیار بید الزّوج إن شاء أجاز و إن شاء لم یجز و علی فرض حمل التّرک علی الأمر الوجودی فغایته أنّه کخبر تزویج العبد و دلالته علی أنّه بالفعل یسقط العقد عن قابلیه لحوق الإجازه ممنوعه

ثم لا یخفی أنّ إلحاق الردّ فی المقام بالفسخ فی العقود الجائزه حکما کالهبه و الجائزه حقّا کالبیع الخیاری و بالفسخ فی الوکاله و الوصایه لا وجه له لعدم الجامع بینها أمّا فسخ العقود الجائزه فلما عرفت أنّ المناط فی تحقّق الفسخ فیها هو التشبّث بالملکیّه السّابقه و هو یحصل بالفعل کحصوله بالقول و هذا المناط غیر موجود فی ردّ عقد الفضولی و أمّا العقود الإذنیّه کالوکاله و العاریه و نحوهما فلأنّ المدار فیها علی الإذن و هو یرتفع بالکراهه الباطنیّه فضلا عن الفعل المنافی و أمّا الوصایه التّملیکیّه و السّبق و الرّمایه بناء علی القول بجوازهما فالظّاهر إلحاقها بالعقود الجائزه فی حصول الفسخ بها بکلّ فعل مناف و تمام الکلام فی هذه الأبواب موکول إلی محلّه

و کیف کان الفعل الّذی یتحقّق به الردّ فی مقابل الإجازه بحیث یسقط العقد عن القابلیّه لا وجود له بین الأفعال

[مسأله لو لم یجز المالک فإن کان المبیع فی یده فهو و إلّا فله انتزاعه]

[الأولی أنه یرجع علیه بالثمن]

قوله قدّس سرّه مسأله لو لم یجز المالک فإن کان المبیع فی یده فهو و إلّا فله انتزاعه ممّن وجده فی یده مع بقائه إلی آخره

تنقيح هذه المسأله يتوقّف على البحث من جهات ثلاث الأولى فى حكم رجوع المالك إلى الغاصب الثّانيه فى حكم رجوعه إلى المشترى الثّالثه فى حكم رجوع المشترى إلى الغاصب

أمّا رجوع المالك إلى الغاصب أو المشترى فيقع الكلام تاره فى صوره الإجازه و أخرى فى صوره الردّ أمّا صوره الإجازه فلو كان الثمن باقيا عند الغاصب أو عند المشترى فله الرّجوع إلى كلّ واحد منهما و لو كان تالفا فتأثير إجازته يتوقّف على عدم انفساخ العقد بتلف الثّمن قبل قبضه كما فى صوره إتلاف أحدهما أو الأجنبى و سيجى ء حكمه

و أمّا صوره الردّ فلو كان المبيع فى يده فهو و إلّا فمع بقائه فله انتزاعه ممّن وجده فى يده

أو إلزام غيره ممّن دخل تحت يده برده لأن كل من أخذه فهو مأمور بالردّ إلّا أن يرجع المالک إلى غيره ممّن كان العين فى يده و بالجمله المالک مخيّر فى الرّجوع إلى كلّ من ترتّب يده على ماله و له إلزامه بردّه و إن كان فيه مئونه على تفصيل تقدم و يرجع بمنافعه من المستوفاه و غيرها و بصفاته الفائته إلى كلّ من ترتّب يده عليه إلّا إذا دخل العين خاليه من الصفات تحت يد أحد مع عدم تجدّدها بعد ذلک عند من تلقّى منه

و بعباره واضحه للمالک أن يرجع إلى الضّامن الأوّل بالصّفات الّتى فاتت عند الثّانى سواء كانت هذه الصّفات موجوده فى العين حين كانت العين فى يده أم تجدّدت فى يد الثّانى ثم زالت نعم من لم تحصل فى يده و لا فى يد من تأخّر عنه فلا يرجع المالک إليه لأنّه تلقاها من السّابق خاليه من الصّفات و لم تتجدّد عنده و لا عند من تأخر عنه أيضا فلا يضمنها

ثم إن قرار الضّمان على من تلف الصّفه عنده بمعنى أنّه لو رجع المالک إليه فهو لا يرجع إلى سابقه إلّا إذا كان مغرورا فإنّه يرجع إلى من غرّه و أمّا لو رجع المالک إلى السّابق فهو يرجع إلى اللّاحق الّذى تلفت عنده أو عند من تأخّر عنه و وجه جواز رجوع المالک إلى من تلفت الصّفه عنده هو أن مقتضى تعاقب الأيدى الغاصبه كون كل من وقع المال بيده ضامنا للعين بجميع خصوصيّاتها من ماليّتها و منافعها و صفاتها سواء كانت الصّفه حاصله بفعله كما لو علم العبد المغصوب صنعه فنسيها أو سمنت الدابّه فهزلت أم كانت حاصله بفعل اللّه سبحانه لأنّ جميع هذه الصّفات موهبه من اللّه سبحانه حصلت فى ملک المالک فهو يستحقّها لا غير فيضمنها كلّ من وضع يده على هذا المال إلّا من وضع يده عليه بعد تلفها

و أمّا وجه جواز رجوعه إلى السّابق مع أنّ الصّفه لم تتلف عنده بل لم تكن موجوده كما فى بعض الموارد فلأنّ مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى أن يكون ضمان العين مع خصوصياتها من منافعها و صفاتها الموجوده و المتجدّده على الآخذ فالجميع على عهدته ما لم يرد العين غايه الأمر أنّه لو رجع إليه المالک فله الرّجوع إلى من تأخّر عنه لو لم يكن غارا له هذا مع بقاء العين و تلف المنافع و الصّفات و أمّا لو تلفت هى أيضا فحكمها حكم المنافع و الصّفات فى استقرار الضّمان على من تلفت عنده

ثم إنّه لو قلنا فى القيميات بقيمه يوم التّلف فالحكم واضح و أمّا لو قلنا بأعلى القيم فمقتضاه أنّ زياده القيمه السّوقيه كنفس القيمه فى عهده الغاصب و على هذا فلو كانت قيمه العين حين ما وقعت فى يد الغاصب الأوّل عشره و حين ما ترتّبت عليها يد الغاصب الثّانى اثنى عشر ثم تنزّلت قيمته فدخلت بعد ذلک تحت يد الثّالث فتلفت عنده أو عند الرابع من دون ترق فللمالک مطالبه الأعلى من الأوّل أو الثّانى دون الثّالث أو الرابع لأنّها دخلت تحت يد الثّالث و من بعده نازله القيمه فلا وجه لضمانها الأعلى و إنّما يضمنان القيمه الّتى وصلت العين إليها

و هذا هو مقصود المصنف قدّس سرّه فى قوله و لو كان قبل ذلک فى ضمان آخر و فرض زياده القيمه عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السّابق بالرّجوع بالزياده عليه أى نقصت قبل دخوله تحت يد الأخير و بالجمله حكم تفاوت الرّغبات بناء على القول بأعلى القيم فى القيميّات حكم الصّفات التّالفه فمن تلفت عنده أو عند من ترتّبت يده عليه فهو ضامن من دون من أخذه فى حال النّقصان و لم يترقّ عنده و لا عند من يده مترتّبه عليه و ذلک واضح جدّا

و أمّا حكم رجوع المشترى إلى الغاصب بعد فرض رجوع المالك

إليه فالكلام فيه تاره فى الثمن الّذى سلمه إلى الغاصب و أخرى فيما يغرمه للمالک زائدا على الثّمن فهنا مسألتان الأولى فى أصل الثّمن و الكلام فيه تاره مع بقائه عند الغاصب أو عند من انتقل إليه و أخرى عند تلفه أمّا مع بقائه فلا ينبغى الإشكال فى جواز رجوعه إليه و استرداده منه سواء كان عالما بالغصبيّه أم جاهلا إلّا إذا اعترف بكونه هو المالک و أمّا لو لم يقرّ بكونه مالكا أو أقرّ و لكن إقراره كان مستندا إلى اليد الّتى ثبت عدم كونها حقا فله الرّجوع إليه و على فرض شمول إطلاق قوله المشهور بعدم جواز الرّجوع إليه إذا كان عالما بكونه غاصبا لصوره بقاء الثّمن فقد عرفت ضعفه لأن الدّفع إليه لا يزيد عن الهبه فمع بقاء الثّمن يجوز له الرّجوع إليه و لو مع العلم بكونه غاصبا لا ـ لما استدلّ به المصنف بقوله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا و مجرّد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله و لأنّ الحكم بصحّه البيع لو أجاز المالک كما هو المشهور يستلزم تملّک المالک للثمن فإن تملّكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الإجازه إذ يمكن الخدشه فى كلا الوجهين

أمّا فى الأوّل فلإمكان الفرق بين البيع الفاسد من غير جهه العوض و الفاسد من جهه العوض كما سيجى ء و أمّا فى الثّانى فلأنّ القائل بانتقال الثّمن إلى الغاصب بمجرّد التّسليط يمكن التزامه بعدم قابليّه هذا البيع لإجازه المالک كما تقدم الإشكال فيه سابقا أو عدم قابليته لها على النّقل هذا مع أنّه قد تقدّم أنّه يمكن التّفصيل بين الإجازه و الرد فيكون ملكيّه الغاصب مراعى بعدم الإجازه

و بالجمله ليس جواز رجوع المشترى إلى الغاصب فى صوره بقاء الثّمن للوجهين المذكورين فى المتن كما أشار إلى بطلانهما أو بطلان خصوص الأخير بقوله فتأمل بل لما ذكرنا من أنّ التّسليط لا يزيد على الهبه المجانيّه فلا فرق بين صوره العلم و الجهل

ثم إنّه لا ـ ينبغى الإشكال فى حرمه تصرّف الغاصب فى الثّمن وضعا و تكليفا لأنّ المشترى دفعه إليه مبنيّا على المعاوضه لا مع الغض عنها فلا ينتقل إليه حتى يجوز تصرّفه فيه تكليفا و ينفذ وضعا و هذا هو ظاهر المتن فى صدر المسأله فإنّه قال و هل يجوز للبائع التصرّف فيه وجهان بل قولان أقواهما العدم لأنّه أكل المال بالباطل و لكنّه يظهر من موضعين من كلامه جواز التصرّف الأوّل قوله قدّس سرّه لأنّ طيب النّفس بالتصرف و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل و الثّانى قوله و حاصله أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع فإنّ مقتضى هذين الكلامين جواز التصرّف التّكليفى أو مطلقا فإنّ الإذن فى الإتلاف و إن لم يكن مشرعا إلّا أنّه يوجب جواز التصرّف إمّا تكليفا أو مطلقا بناء على أنّ التصرّفات المتوقّفه على الملک نافذه من المباح له و لو فى غير المعاطاه

و كيف كان فالأقوى جواز استرداد الثمن منه إذا كان باقيا و أمّا فى صوره التّلف فالأقوى هو التّفصيل بين العلم و الجهل فلو كان عالما فقد ظهر فى مبحث ترتّب العقود أنّه ليس له الرّجوع إليه بالمثل أو القيمه و أمّا لو كان جاهلا فله الرّجوع كما هو المشهور

و قد يتوهّم أن حكمه حكم صوره العلم و حاصل التوهّم أنّ التّسليم الخارجى كما لا يوجب الضمان على الغاصب فى صوره العلم إذ لا ـ يصحّ جعل ضمانين لمال واحد عرضا فكذلک فى صوره الجهل لأنّ المفروض أنّ التّضمين وقع على ملک غير

الغاصب حقيقه لأنّ المعامله و إن كانت واقعه بين الغاصب و المشترى إلّا أنّ الغاصب جعل طرفا بعد البناء على كونه مالكا

و لذا صح تعلق إجازه المالک بهذا العقد فمع ضمان المالک لا یمکن أن یکون الغاصب ضامنا

و بعباره أخرى یجب القول إمّا بعدم قابلیّه هذا البیع لإجازه المالک و عدم صحّتها کما فی سائر البیوع الفاسده و إما بعدم ضمان الغاصب و لکن التوهّم فاسد کما قدّمنا وجهه و تنقیحه توضیحا لما سبق و تتمیما للجواب موقوف على بیان أمور الأوّل أنّ المناط فی الضّمان المعاوضی عدم إقدام المتعاملین على المجانیّه و قد أوضحنا فی قاعده ما یضمن أنّ المقصود من القاعده أصلا و عکسا إنّما هو تمییز مورد الإقدام على المجانیّه عن عدمه لأنّ الید تقتضی الضّمان فیبحث عن وجود المانع و عدمه لا فی المقتضی و عدمه الثّانی أنّه لا فرق بین العلم و الجهل فی العقد الفاسد من غیر ناحیه العوض فکما أنّ فی البیع الفاسد من جهه شروط الصّیغه مثلا مع الجهل بالفساد لم یتحقق رافع الضّمان فکذلک مع العلم لأنّ علمهما بالفساد لا یقتضی المجانیه بل لا شبهه أنّ کلّ واحد منهما یضمن صاحبه غایه الأمر أنّ الشّارع لم یمض تضمینهما و لذا لا یصیر ما جعلاه مضمونا بدلا عند التّلف بل البدل هو المثل أو القیمه

و بالجمله حکم الشارع بالفساد لا یلازم عدم البناء على الضّمان لأنّ التّضمین العرفی یجتمع مع العلم بأن المبیع لا ینتقل إلى المشتری شرعا الثّالث أنّ التّسلیم فی العقود الفاسده طرّا لیس کالتّسلیم إلى الأجنبی المحض کالتّسلیم إلى غیر الوکیل بل هو مبنی على المعاوضه فیسلّم المشتری الثّمن إلى الغاصب لیتصرف فیه کما کان یتصرّف فی المثمن و یجعله بدلا له الرابع أنّ حکم التّسلیم إلى غیر المالک مع الجهل حکم التّسلیم إلى الطّرف فی سائر المعاوضات الفاسده بخلافه مع العلم و ذلک لأنّ مع الجهل لم یتحقّق رافع الضّمان لأنه سلّم إلیه معتقدا بأنّه مالک و متخیّلا أنّ البدل ینتقل إلیه عوضا عمّا سلّمه إلیه فجعل التّضمین علیه من ماله لاعتقاده کونه ملکا له و حیث إنّ مالکیّته لیست رکنا فی عقود المعاوضه بل التبدیل واقع بین المالین و إنّما یبنی کونه مالکا لصحّه توجیه الخطاب معه فیلغی اعتقاد کونه مالکا و ینتسب العقد إلى المالک الحقیقی لو أجاز فینتقل الضّمان إلى ذمّته و أمّا لو ردّ و أخذ المبیع من المشتری فیبقى الضّمان فی عهده نفس الغاصب لأنّ لازم جعل الضمان على عهدته تحقّقه طولا و قهرا علیه لأنّ یده لیست یدا أمانیه فلم یتحقّق رافع الضّمان و فی صوره العلم أیضا و إن کان التّسلیم وقع مبنیّا على المعاوضه إلّا أنّه حیث یعلم بأنّه لیس مالکا و یسلّمه إلیه فهو مقدم على المجانیّه لما عرفت أن التّسلیم الخارجی لا یمکن تقییده بالتّسلیم إلى المالک الحقیقی لأنّ البناء و العدوان مصحّح للمعاوضه لا للفعل الخارجی و لم یجعل ضمانا تقدیریّا على الغاصب فی صوره الردّ فلا یندرج تحت عموم على الید بعد خروج الید الغیر العادیه منه و هذه لو لم تکن أولى فی عدم الضمان من الودیعه و العاریه و التّسلیط على العین المستأجره فلا أقل من کونها مثلها بل لا یمکن إنکار أولویّتها منها لأنّ المالک سلّطه على التصرّف فی العین و إتلافها مجّانا بلا جعل

عوض إذا عرفت ذلک ظهر وجه صحّه تمسّک المصنف قدّس سرّه بفحوى الأمانات لأن غرضه بیان رافع الضّمان و هو الإقدام المجانی و ظهر الفرق بین العلم و الجهل فی المقام دون سائر العقود الفاسده و سیجی ء توضیحه أیضا و ظهر أیضا أنّ عدم الضّمان عند التّلف لا یلازم جواز التصرّف تکلیفا و وضعا

قوله قدّس سرّه نعم لو کان فساد العقد لعدم قبول العوض للملک کالخمر و الخنزیر و الحر قوی اطراد ما ذکرنا فیه من عدم ضمان عوضها المملوک مع علم المالک

بالحال إلى آخره

لا- يخفى أنّ فساد العقد تاره من غير ناحيه العوض و أخرى منها و ظهر أنّ قاعده ما يضمن أصلا و عكسا أسّست لبيان حكم القسم الأوّل و عرفت أنّ الفساد إذا كان لاختلال شرائط هذا القسم كانتفاء شروط الصّيغه أو المتبايعين أو لزوم الرّبا أو الجهل بأحد العوضين و نحو ذلك فلا- فرق بين صوره العلم و الجهل فى الضّمان كما تقدم أنّه أحد الأمور المترتّبه على المقبوض بالعقد الفاسد و السرّ فيه ما تقدم أنّ كلّا منهما فى العقود المعاوضيّه ضمن الآخر بماله و لو مع العلم بالفساد فلا رافع للضّمان و أمّا الفساد من جهه العوض فله مراتب

منها ما كان أحد العوضين مال الغير كالمعاوضه مع الغاصب و قد ظهر حكمه و منها البيع بلا ثمن و الإجازه بلا أجره و منها جعل العوض ما ليس مالا عرفا و شرعا كالحشرات و منها جعله ما ليس مالا شرعا كالخمر و الخنزير أمّا البيع بلا ثمن و الإجازه بلا أجره فقد تقدم حكمه فى التّنبيه الثّانى من تنبيهات قاعده ما يضمن و قوّينا أخيرا عدم الضّمان

نعم لا يبعد القول بالتّفصيل بين ما لو قال بعتك بلا ثمن و ما لو قال بعتك بثمن كذا و أسقطت الثمن بأن يحكم بالضّمان على الأوّل و بعدمه فى الثانى و ما يقال فى توجيه ما اختاره الشّهيد من عدم الضّمان فى الأوّل أيضا من باب أنّ ذيل الكلام يصير قرينه على الصّدر فيدلّ المجموع على أنّ التّسليم مجانىّ ففيه ما لا يخفى فإنّ باب القرينه غير باب ما ينافى مقتضى العقد و إلّا يرجع كلّ شرط مناف لمقتضى العقد إلى القرينه

و حاصل الفرق بينهما أنّ القرينه هى الّتى تنافى الظّهور البدوى لذى القرينه فهى تصرف لفظى فى ذيها و هذا بخلاف تناقض الذّيل مع الصدر فإنّ المناقضه بينهما فى المعنى لا اللّفظ فلا وجه لجعل الذيل قرينه على الصّدر بل لا بدّ إمّا من الأخذ بما هو مقتضى قاعده ما يضمن فيحكم بالضّمان و إمّا من القول بأنّ البائع لمّا ناقض صدر كلامه الدال على التّضمين بذيله الرّافع للضّمان فيتساقطان فالتّسليم بعد هذا يكون مجانيا و هذا لا ربط له بمسأله القرينه و جعل مجموع الكلام إنشاء للهبه المجانيّه

و أمّا جعل العوض ما ليس مالا عرفا و شرعا فقد تقدم فى التّنبيه الأوّل من هذه القاعده أيضا أنّ الأقوى فيها الضّمان على ما بيّناه من معنى القاعده و هو أن كلّ عقد لو فرض صحيحا كان موجبا للضّمان ففاسده أيضا كذلك و فرض صحّه هذا العقد معناه فرض ما ليس مالا مالا فإذا فرض كونه مالا فلا محيص عن الضّمان

و أمّا مسأله الحرّ و نحوه فثبوت الضّمان فيه أظهر لأنّ عدم كونه مالا شرعا لا يوجب أن يكون العقد واقعا بلا تضمين عرفا و المدار فى الضّمان على عدم الإقدام على المجّانيه و لكن الإنصاف أنّ الحكم فى جميع ذلك مشكل لأنّه لا فرق بين عدم جعل العوض أصلا كالبيع بلا- ثمن أو جعله ما ليس مالا- إمّا لقصور فى المقتضى كالحشرات أو لوجود المانع كالطّير فى الهواء و السّمك فى الماء و الظّبى فى البيداء أو جعله ما ليس مالا شرعا كالخمر و نحوه

و على أىّ حال ليس الحكم فى تلف الرّشوه كالحكم فى تلف المبيع فى البيع بلا ثمن لأنّ الرّشوه ليست من قبيل الثّمن و ليس مقصود الراشى شراء الدّين و لا مقصود المرتشى بيعه فلا يلازم عدم الضّمان فى مسأله البيع بلا ثمن عدمه فى باب الرّشوه بل

الأقوى أنّ جهه الضّمان فيها هى جهه الضّمان فى باب الرّباء فكما أنّ الشّارع لم يبح للمالك هذا النّحو من السّلطنه و لم يسلّطه على إعطاء الزياده فى المتجانسين فكذلك لم يبح له الرّشوه على الحكم فعلى هذا لو تلف عند المرتشى فحيث إن يده يد عدوان يجب عليه المثل أو القيمه

قوله قدّس سرّه ثم إنّ مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرّجوع بالثّمن ثبوت الرّجوع

إذا بـاع البـائع الفضولى غير بائع لنفسه بل باع عن المالك و دفع المشترى الثمن إليه لكونه واسـطه فى إيصاله إلى المالك فتلف فى يده إلى آخره

لاـ يخفى أنّ الفضولى و إن لم يكن وكيلاـ عن المالـك إلّـا أنّه لو أقبضه المشترى الثّمن لإيصاله إلى مالك المبيع يكون وكيلا عن المشترى فإذا لم يفرط فيه و لا أتلفه بل تلف بتلف سـماوى فلا وجه لضمانه مع كونه أمينا منه و لو لا قوله إذا لم يسلّطه عليه و لا أذن له فى التصـرّف فيه فضلا عن إتلافه لقلنا إن قوله فتلف فيه من غلط النّاسخ و الصّواب هو أن يكون فأتلفه و بالجمله فى مورد التّلف لا وجه للضمان

نعم يثبت الضّـمان لو أخذ البائع الثّمن من دون إذن المشترى لأن يده على هذا ليست يدا أمانيّه كما أنّه يثبت الضّـمان لو اشترط على البائع الغاصب الرّجوع إليه بالثمن لو أخذ العين صاحبها لأنّ التّسليط ليس مجانيا فلو تلف أو أتلفه يضمنه بلا إشكال كما لا فرق فى عـدم الضّـمان لو لم يشترط الرّجوع إليه بين الثمن الشّخصـى و الكلّى فيما إذا كان عالما بالغصبيّه كما لا فرق بينهما فى الضمان إذا كان جاهلا هذا كلّه فى بيان حكم الردّ

و أمّا حكم الإجازه فلو لم نقل بانفساخ العقـد بالتّلف عنـد الأجنبى فلو أجاز العقد و الإقباض أيضا و قلنا بتأثير الإجازه فى الفعل الخارجى بلحاظ أثره المترتّب عليه و هو رفع الضّـمان فإذا تلف عنـد البائع بتلف سـماوى فليس له الرّجوع إلى المشترى لإجازته إقبـاضه و لاـ إلى الغـاصب لكونه أمينـا منه و لو أتلفه فله الرّجوع إليه دون المشترى و أمّـا لو لم نقل بتأثير الإجازه فى القبض فله الرّجوع إلى كلّ منهما مطلقا كما هو واضح

و أمّا لو أجاز العقد و لم يجز القبض فإن كان الثّمن كليّا فليس له الرّجوع إلى البائع لأنّ المدفوع إليه لم يتعيّن كونه ثمنا و أمّا لو كان شخصـيا فله الرّجوع إلى كلّ منهما ثم إنّه لو رجع إلى المشترى فللمشترى الرّجوع إلى البائع مطلقا لأنّ قابليّه العقـد للإجازه تقتضـى كون الثّمن للغـاصب على تقـدير الردّ لا على جميع التقادير سواء قيل بالكشف أم النّقل أمّا على الكشف فلأنّ المشترى سلّطه على مـال المجيز و أمّا على النّقل فلأنّه و إن سـلّطه على مال نفسه إلّا أنّه لم يسـلّطه عليه مجانا بل بإزاء المعوّض فإذا انتقل إليه بإجازه المالك فلا محاله ينتقل العوض إلى المالك لا إلى الغاصب

و بالجمله معنى تأثير الإجازه أنّ الثّمن عند البائع مراعى فلا ينتقل إليه بالتّسليط الخارجى منجّزا و ملكا مطلقا و التّسليط الخارجى كما لا يرفع الضّمان مع الجهل مطلقا كذلك لا يرفعه مع العلم فى صوره الإجازه لأنّه لا معنى لأن يكون التّسليط مسقطا للضّمان الّذى لم يتحقّق فإنّ الضّـمان الحاصل للبائع إنّما هو بعـد ردّ المشترى الثمن إلى المالك و قبله لا يكون البائع ضامنا حتّى يكون التّسليط مبرئا له لأنه ضمان ما لم يجب بل و لو قيل بصحّه إسقاط ضمان ما لم يجب أيضا لا يصحّ رجوع كلّ واحد من الغارمين إلى الآـخر فى خصوص الغرامه الناشـئه عن تعـاقب الأيـدى إلّا بعـد رجوع ذى الحقّ إليه فإن قبله لا غرامه حتّى يكون له الرّجوع ليكون له الإسقاط

[المسأله الثانيه أنّ المشترى إذا اغترم للمالك غير الثّمن]

قوله قدّس سرّه المسأله الثانيه أنّ المشترى إذا اغترم للمالك غير الثّمن إلى آخره

لا يخفى أنّ البحث فى هذا العنوان إنّما هو فى مورد الردّ دون الإجازه كما أن مفروض البحث أيضا فيما لو كان المشترى جاهلا و أمّا لو كان عالما فليس له الرّجوع إلى البائع الغاصب أو الفضولى مطلقا بأىّ غرامه اغترمها و ذلك واضح

ثم إنّ الغرامه الّتى قيل بلزومها عليه على أنحاء أربعه الأوّل ما يكون فى مقابل العين كزياده القيمه على الثّمن الّذى اشترى به كما لو اشترى المبيع بعشره و أخذ منه المالك عشرين إمّا لكونه يسوى عشرين حين البيع أو زادت قيمته بعد ذلك

و على أىّ حال هذه الغرامه إنّما تتوجّه عليه إذا تلف المبيع و أمّا لو كان باقيا فليس للمالک إلّا أخذ العين منه دون زياده القيمه السّوقيّه نعم لو سقط عن القيمه بالكليّه فهو مطلب آخر تقدّم حكمه فى مسأله الجمد فى الصّيف و الماء فى المفازه الثّانى قيمه المنافع المستوفاه الثّالث قيمه المنافع الغير المستوفاه و لم يبيّن المصنف قدّس سرّه حكم هذا القسم و لعلّه إحاله إلى ما تقدّم منه فى المقبوض بالعقد الفاسد أو أدرجه فى القسم الآتى الرّابع ما اغترمه من جهه حفر أو غرس أو نفقه أو قيمه ولد أو نقص جزء أو وصف مما لا يرجع نفعه إليه بل و لو رجع إليه كالولد المنعقد حرّا إلّا أنّه لا يعدّه العرف أو الشرع منفعه

و كيف كان فلا إشكال فى الجمله أنّ للمالک الرّجوع إلى المشترى و إنّما الكلام فى رجوع المشترى إلى البائع و قبل ذكر الأقوال ينبغى بيان ما يمكن به الاستدلال لرجوع المشترى إليه بعد استقرار الضّمان عليه بمقتضى تعاقب الأيدى و هو على ثلاثه وجوه الأوّل قاعده نفى الضّرر الثّانى قاعده التّسبيب الثّالث قاعده الغرور الدالّ عليها النبوىّ المعمول بين الفريقين و هو قوله ص المغرور يرجع إلى من غرّه

و تقريب الأوّل أنّه لو لم يجز رجوع المشترى فيما اغترمه إلى البائع لزم الضّرر عليه و حيث إنّه منفىّ فى الشّريعه فيحكم بضمان البائع له و بعضهم استشكل فى اطّراد القاعده فيما إذا اغترم فى مقابل المنافع المستوفاه و تقريب الثّانى أنّ البائع هو السبب لفوت المنافع أو الأجزاء أو الأوصاف على المالک لضعف المباشر من جهه جهله كما هو المفروض و تقريب الثالث واضح لأنّ البائع فى المقام كمقدّم طعام الغير للأكل و لكنّک خبير بما فى الاستدلال بالقاعدتين الأوليين أمّا قاعده الضّرر فلما بيّنا فى محلّه أنّها حاكمه على الأحكام الثّابته فى الشّريعه و لا يمكن إثبات حكم بها لو لا تشريعه لزم منه الضّرر فلو لم ينهض دليل على ضمان البائع ما اغترمه المشترى فكون الغرامه ضررا عليه لا يوجب تعلّق الضّمان على البائع

و على هذا فيسقط ما استشكله بعض بأنّ الضّرر لا يطّرد فى جميع الغرامات لأنّه ليس المقام مقام التمسّک بقاعده نفى الضّرر رأسا اطّردت أو لا تطّرد و حاصل الكلام أنّ قاعده الضّرر لو كانت مثبته للحكم لما استقام حجر على حجر و لزم تأسيس فقه جديد و لزم تدارک كلّ خساره من بيت المال أو من الأغنياء و بعض الأعاظم ممّن عاصرناهم و إن أفتى بجواز طلاق زوجه الغائب لرفع ضرر الزّوجه استنادا إليها و لكن لا يمكنه الالتزام بتشريع الأحكام حتّى فيمن تضرّر بالمال و خسر فى التّجاره مع أنّ المسألتين من واد واحد و من جوّز من الأصحاب ذلک فإنّما هو للأخبار الوارده فى المقام لا لأنّ الصبر ضرر عليها

و أمّا قاعده التّسبيب فالمسلّم منها ما لا يتوسّط بين فعل الفاعل و الأثر المترتّب عليه فعل فاعل مختار أو إذا لم يكن مستندا إليه شرعا لكونه واجبا عليه فالأوّل كمن فتح قفص الطّائر فطار أو فتح فم قربه السّمن فذابته الشّمس فإنّ فعل الطّائر و الشّمس غير اختيارى فالضّمان يستند إلى الفاتح و الثّانى كحكم الحاكم بشهاده شهود الزّور فإنّ المال و إن اغترمه المشهود عليه بحكم الحاكم إلّا أنّه حيث يجب عليه الحكم لعدم علمه بكذب الشهود فهو ليس ضامنا و الضّمان على الشّهود و هكذا فعل المكره بإكراه الجائر و نحو ذلک

و بالجمله قاعده التّسبيب و إن كانت من القواعد المسلّمه و لذا حكموا بضمان من حفر بئرا فى طريق المسلمين إذا وقع أحد فيه فمات و حكموا بضمان من نصب فى قعره السكّين إذا مات بالسكّين

و حكموا بضمان من دفع الواقع فى البئر و لكنّه إنّما تجرى فيما لم يكن هنا واسطه اختياريّه بحيث كان عمله الجزء الأخير للعلّه و كان فعل السّبب هو المعدّ و إلّا يحكم بضمان المباشر كمن باشر بالاختيار أكل طعام الغير و لو لتغرير غيره المقدم إليه بل و لو قيل بأن الضّمان على المقدم هناك إلّا أنّه لا يصحّ القول به فى المقام لأن مورد ضمان السّبب هو الّذى يرجع إليه ابتداء لا فى مثل المقام الّذى لا إشكال فى جواز رجوع المالك إلى المشترى ابتداء فلو قيل بضمان البائع فليس مستنده إلّا قاعده الغرور

نعم هنا كلام آخر به يصحّ الجمع بين كلامى المصنف فى المقام فإنّه بعد منعه من التمسّک بقاعده التّسبيب بقوله و أمّا قوّه السّبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور إلّا إذا كان السّبب بحيث استند التّلف عرفا إليه كما فى المكره إلى أن قال و المتّجه فى مثل ذلک عدم الرّجوع إلى المباشر أصلا قال فلا بدّ من الرّجوع بالأخره إلى قاعده الضّرر أو الإجماع المدّعى فى الإيضاح على تقديم السّبب إذا كان أقوى أو بالأخبار الوارده فى الموارد المتفرقه فيتوهّم التّنافى بين الصّدر و الذّيل و لكنّه بالتأمل فيما ذكره قدّس سرّه يتّضح عدم التّنافى

و توضيح ذلک أنّ ما يطلق عليه السّبب على أقسام ثلاثه الأوّل ما إذا كان أثر السبب صرف إحداث الدّاعى للمباشر من دون استناد الفعل إلى السّبب كمن أمر غيره بقتل شخص أو علّمه طريق سرقه الأموال فالضّمان هنا على المباشر دون السّبب الثّانى ما إذا كان الفعل مستندا إلى السّبب دون المباشر إمّا لكون المباشر حيوانا أو صبيّا أو كان مختارا خارجا و لكنّه كان ملزما شرعا كالأمثله المتقدّمه و ما يحذو حذوها فهنا مورد قاعده التّسبيب و المتّجه فى مثل ذلک عدم الرّجوع إلى المباشر أصلا فإذا أمر الحاكم الشّرعى النّافذ حكمه بقتل أحد فلو كان الحاكم جائرا فى حكمه واقعا فالضّمان عليه دون المباشر للقتل لوجوبه عليه فهو فى حكم غير المختار و إذا كان مستند حكمه شهاده شهود الزّور فالضّمان على الشهود دون الحاكم و الثالث ما إذا كان الفعل مستندا إلى المباشر و لكن كان الضمان المترتّب عليه مستندا إلى السّبب إمّا لكون أمره أمرا بالضّمان كمن أمر غيره بأن يضمن عن دينه و إمّا لكونه موقعا له فى الضّمان كمن قدم إلى غيره طعاما ليأكله مجانا فتبيّن عدم كون الطعام له و المتّجه فى ذلک تعلّق الضّمان أولا بالمباشر ثمّ بالسّبب برجوع المباشر إليه و على هذا القسم تنطبق قاعده الغرور أيضا فارتفع التنافى بين كلامى المصنف

نعم يرد عليه المناقشه فى المثال فإنّ ضمان ما يؤخذ بشهاده شاهد الزّور ليس من قبيل ضمان الغار فإنّه يجب على الحاكم الحكم على طبق الشّهاده فهو مسلوب الاختيار فيرجع فى الضّمان إلى الشهود ابتداء و المثال المطابق للمقام هو ضمان المقدم طعام الغير فإنّ الضّمان على الأكل ابتداء و هو يرجع إلى المقدم و بالجمله إذا كان الفعل مستندا إلى السّبب فهو الضّامن دون غيره و إذا كان الفعل مستندا إلى المباشر و كان غير مقدم على ما يترتّب عليه من الضّمان كمن أكل طعاما بتغرير غيره أنّه له مجانا أو كان إقدامه على الضّمان بإزاء العوض كمن أمره المديون بأداء دينه بإزاء العوض أو ضمن دين غيره كذلک فلا يرجع إلى السّبب إلّا بعد أداء المباشر الغرامه

ثم إنّک بعد ما عرفت أنّ النبوىّ الدالّ على رجوع المغرور إلى الغار معمول به بين الفريقين كالنّبوى الدالّ على ضمان اليد فضعفه بالإرسال لا يضرّ بالاستدلال لأنّ العمل يجبره مع أنّ الحكم فى الجمله يستفاد من الأدلّه الخاصّه أيضا منها روايه جميل المذكوره فى المتن و منها

الأخبار الكثيره الوارده فی النّکاح فی باب التدلیس و بعضها معلّله بعلّه مطّرده قال قضی أمیر المؤمنین علیه السّلام فی امرأه زوّجها ولیّها و هی برصاء أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها و أنّ المهر علی الّذی زوّجها و إنّما صار علیه المهر لأنّه دلّها و فی بعضها علّل بالتّغریر کما فی قوله ع و علی الّذی زوّجه قیمه ثمن الولد یعطیه موالی الولیده کما غرّ الرّجل و خدعه

إذا عرفت ذلک فلنرجع إلی الأقوال فی المسأله و قد اختار صاحب الحدائق ره عدم رجوع المشتری إلی البائع فی الغرامه الّتی اغترمها للمالک مع عدم رجوع نفع إلیه و لازم کلامه عدم رجوعه إلیه فیما اغترمه فی مقابل المنافع الّتی استوفاها بطریق أولی و مستنده سکوت الأخبار الخاصّه عن الرّجوع إلی البائع کخبر زریق و روایه زراره مع أنّها فی مقام البیان و لا یخفی أنّ إحراز کونها فی مقام البیان من جمیع الجهات مشکل بل الظّاهر کونها مسوقه لجواز رجوع المالک إلی المشتری لا رجوع المشتری إلی البائع فلا تعارض بین هذین الخبرین و بین روایه جمیل مع أنّه لو أحرزنا کون هاتین الرّوایتین فی مقام البیان من جمیع الجهات فإن روایه جمیل تقدّم علیهما لأنّهما غایه الأمر ظاهرتان فی عدم الرّجوع إلی البائع و هی نصّ فی الرّجوع إلیه و اختار صاحب الرّیاض عدم رجوعه إلیه فیما اغترمه فی مقابل المنافع المستوفاه و مستنده عدم ورود ضرر علیه لاستیفائه المنافع

و فیه أنّ المستند لیس منحصرا فی قاعده الضّرر بل عرفت عدم کونها مستندا هنا أصلا و إنّما المستند للرّجوع هو روایه جمیل و الأخبار الوارده فی باب النّکاح و قاعده الغرور و لو منعنا عن کون حرّیّه ولد المشتری نفعا عائدا إلیه إلّا أنّه لا ریب فی أن الزّوج الّذی یرجع بالمهر الّذی یؤخذ منه إلی المدلّس انتفع بالبضع

و بالجمله یستفاد من الأخبار الخاصّه أنّ المدار فی رجوع المغرور إلی الغار هو مجرّد ضمانه بما یؤخذ منه بسبب إلقائه الغار فی الضّمان سواء انتفع أم لم ینتفع و سواء کان الضّمان هو زیاده القیمه علی الثّمن أم غیرها ممّا خسره

فتحصّل ممّا ذکرنا أمور ینبغی التّنبیه علیها الأوّل أنّ مورد الرّجوع إلی السبب ابتداء غیر مورد الرّجوع إلیه فی المرتبه الثّانیه فإن مورد تعلّق الضّمان بالسبب ابتداء لا بالمباشر هو ما إذا لم یکن الفعل مستندا إلی المباشر إمّا لکونه غیر ذی شعور کالطّائر و نحوه و إمّا لکون فعله کالعدم کالصبی و المجنون و إمّا لکونه واجبا علیه کالحاکم و من کان مأمورا من قبله و مورد تعلّق الضّمان ابتداء بالمباشر ثم بالسّبب فی المرتبه الثّانیه هو ما إذا کان الفعل صادرا منه بالاختیار من دون إکراه خارجی و لا لزوم شرعیّ غایه الأمر کان غیره ملقیا إلیه فی الضّمان إمّا لالتماس الضّمان منه و إمّا لتغریره له بما یوجب الضّمان

الثّانی أنّ ضمان السّبب فی القسم الثّانی إنّما هو بعد أداء المباشر الغرامه و أمّا قبله فلا یؤخذ بالضّمان فلیس للمغرور مطالبه الغرامه من الغار ابتداء کما أنّه لیس للضّامن مطالبه المضمون عن المضمون عنه فی الضّمان العقدی و سیجی ء فی مسأله تعاقب الأیدی أنّ ما یظهر من بعض عبائر القواعد من أنّ للضامن الرّجوع إلی المضمون عنه قبل أدائه المضمون إلی الدّائن لا وجه له

و بالجمله لو لم یرجع ذو الحقّ إلی المباشر فلیس للمباشر الرّجوع إلی من ألقاه فی الضّمان و هکذا لیس للضّامن قبل مطالبه الدّائن و أخذ الدّین منه الرّجوع إلی المدیون المضمون عنه ثمّ من هذین الأمرین تبیّن أنّ مسأله حکم الحاکم من القسم الأوّل لا الثّانی و أنّ قاعده الغرور من أحد مصادیق القسم الثّانی فإنّ السّبب للضّمان

لا ينحصر فى جهل المباشر فإنّ الضّمان بالالتماس و الضّمان فى تعاقب الأيدى من موارد القسم الثّانى

الثّالث أنّ الضّمان فى القسم الثّانى لا ينحصر فى موارد الضّرر على المباشر بل يضمن الغار ما اغترمه المغرور سواء انتفع أم لا لأنّ المدار فى تحقّق الضّمان لما يضمنه الغير هو التغرير أينما تحقّق سواء استوفى المغرور نفعا كأكله الطّعام و استيفائه منافع ما اشتراه من الغاصب و نحو ذلك أو لم يستوف نفعا أصلا

و السرّ فيه عدم إقدام المغرور بضمان ما يستوفيه و إنّما ألقاه الغار فى الضّمان فعلى هذا يجب على الغار غرامه ما يغرمه المغرور زائدا على القيمه المسمّاه حال العقد فإنّه و إن أقدم على أن يكون ضمان العين و تلفها منه إلّا أنّه أقدم على مقدار ما سمّاه من القيمه لا زائدا عليها فلو اشترى ما يسوى عشرين بعشره أو اشترى ما يسوى عشره بعشره و لكنّه زادت قيمته و تلف فالزّائد على العشره ليس ضمانه مسبّبا عن الإقدام بل عن التغرير فقرار ضمان الزائد على الغار مع أن مجرّد الإقدام لا يوجب الضّمان و إن قيل بأنّ المشترى أقدم على أن يكون ضمان العين عليه كما استند إليه الشّيخ فى ضمان ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده و قد ذكرنا ما فيه هناك

و بالجمله جميع ما يغرمه المشترى يرجع به إلى البائع الغار إلّا القيمه الّتى وقع المبيع بإزائها فإنّ خسارتها لم تنشأ عن كذب البائع و تغريره سواء كان فى مقابل المنافع المستوفاه أم غيرها ممّا فات تحت يده أو ممّا صرفها بأمر المالك من بناء أو هدم أو غرس أو قلع و سواء كان بإزاء الأجزاء التّالفه أم الأوصاف كذلك و سواء كانت الأوصاف موجوده حال العقد و تلفت أم تجدّدت بعده ثم تلفت و سواء كان فى مقابل زياده القيمه عن الثّمن المسمّى حال العقد أم كان فى مقابل القيمه الّتى زادت بعد العقد بل حال زياده القيمه المتجدّده و الصّفات الحادثه أولى بوجوب الرّجوع فيها إلى الغار لأنّه يمكن أن يقال إنّ المشترى أقدم على أن يكون التّلف من كيسه إذا كان التّالف موجودا حال العقد

و لكنّه لا يمكن دعوى الإقدام فى الأمور المتجدّده بعد العقد مع أنّ الإقدام على كون التّلف من كيسه فيما كان موجودا حال العقد ممنوع أيضا صغرى و كبرى لأنّه لم يقدم إلّا على ما يقابل الثّمن المسمّى مع أنّ الإقدام بنفسه غير موجب للضّمان لا سيّما إذا كان سببه الغير كما فى المقام

و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى أنّ المشترى يرجع فى الزياده الّتى حصلت بعد العقد و اغترمها للمالك إلى البائع لأنه لم يكن ملتفتا إلى حصولها حتى يقال بأنه أقدم على أن يكون تلفها منه كما أنّ الرّجوع فى زياده القيمه الواقعيه على القيمه المسمّاه أولى من الرّجوع إليه فيما اغترمه بإزاء المنافع المستوفاه لإمكان أن يقال باختصاص قاعده الغرور بمورد الضّرر فما اغترمه بإزاء المنافع لا يرجع فيه إلى غيره و لكنّه لا يمكن أن يقال بعدم رجوعه إليه فيما اغترمه بإزاء زياده القيمه فإنّه و إن لم يخسر واقعا لفرض كون قيمه المبيع زائدا على المسمّى فهما مشتركان فى عدم الخساره إلّا أن الالتفات إلى حصول المنافع غالبا موجب للإقدام على أن يكون تلفها منه بخلاف زياده القيمه على المسمّى فإنّه لا يقدم عليها

ثمّ لا يخفى أنّ المصنف قدّس سرّه التزم بالفرق بين وصف الصّحه و غيره من الأوصاف فقال فى الغرامه الّتى اغترمها بإزاء

وصف الصّحه لا يرجع بها إلى البائع لأنّ هذا الوصف بمنزله الجزء يسقط عليه الثّمن فتلفه على المشترى لأنّه أقدم عليه كإقدامه فى الجزء و أمّا غير وصف الصّحه كالكتابه و نحوها فإذا اغترم لتلفه

يرجع به إلى البائع

و لكنّ الحقّ أنّ الأوصاف مطلقا لا يسقط عليها الثمن كالشّروط و لا ينافى ذلك ما يقال إنّ للوصف أو الشّرط قسطا من الثّمن لأنّ معناه أنّ قيمه العين تزداد بالوصف أو الشّرط لا أنّ مقدارا من الثّمن فى الإنشاء العقدى يقابل الوصف أو الشّرط و هذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الردّ و الأرش فى العيب لما سيجى ء فى باب العيب أنّ الأرش ثابت بالتعبّد لا من باب أنّ الثّمن يقسط على الوصف و الموصوف و إلّا وجب أن يكون الأرش من نفس الثّمن

قوله قدّس سرّه ثم إنّ ما ذكرنا كلّه من رجوع المشترى على البائع بما يغرمه إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهه كون البائع غير مالك إلى آخره

اختصاص قاعده الغرور فى المقام بالعقد الّذى هو قابل للصّحه بإجازه المالك واضح فإنّه لو لم يؤثر إجازه المالك بأن كان العقد فاسدا من جهه فقد سائر الشّرائط أو وجود الموانع فالضّمان الحاصل فيه لا يستند إلى التغرير فإنّ الفساد من جهه أخرى هو أسبق العلل فلا كون البائع غير مالك هو منشأ الفساد و لا المجموع بالتشريك لأنّ العقد الفاسد من جهه كون البائع غير مالك بمنزله وجود المانع و الفاسد من جهه أخرى بمنزله فقد المقتضى فلا محاله يستند الفساد إلى عدم المقتضى لا إلى وجود المانع لأنّه سواء كان البائع صادقا أم كاذبا كان المشترى ضامنا فلا وجه لرجوعه إلى البائع فيما اغترمه للمالك لو ظهر كذب البائع

و بالجمله مع فساد العقد من جهه أخرى فتمام ما يغرمه للمالك بمنزله ما يغرمه بإزاء الثّمن المسمّى لو كان الفساد من جهه كون البائع غير مالك و قد عرفت أن كلّما يخسره على تقديرى صدق البائع و كذبه فليس له الرّجوع إليه على تقدير كذبه

قوله قدّس سرّه ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا أن كلّما يرجع المشترى به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشترى إذا رجع إليه إلى آخره

لا يخفى عليك أنّه بعد ما ظهر مناط التّسبيب بالضّمان و أنّه فرق بينه و بين التّسبيب بالفعل و أنّ سبب الفعل هو الضّامن لا غير دون الملقى فى الضّمان فإنّ المباشر هو الضّامن ابتداء غايه الأمر أنّه يرجع بعد أداء المضمون إلى سبب الضّمان فمقتضاه أمران الأوّل أنّ فى سبب الفعل ليس إلّا ضامن واحد و أمّا فى سبب الضّمان فهناك ضامنان و الثّانى أنّه ليس للمالك ابتداء الرّجوع إلى السّبب بل هو يرجع إلى المباشر ثم يرجع المباشر إلى السّبب

فما أفاده قدّس سرّه من أنّه كلما يرجع المشترى به إلى البائع إذا رجع المالك إليه فلا يرجع البائع به إلى المشترى إذا رجع المالك عليه منحصر فى بعض أقسام التّسبيب فى الضّمان و هو مورد بيع الغاصب مع جهل المشترى دون سائر أقسام الضّمان فإنّه لو ضمن أحد بالتماس المديون دينه فالدائن يرجع إلى الضّامن دون المديون و هكذا فى بعض موارد التّغرير و التّدليس كما إذا لم يتصرّف الغار فى المال الّذى أتلفه المغرور أو تلف تحت يده فإنّ المالك أو الزّوجه يرجع ابتداء إلى المغرور دون الغار و المدلّس فهذه الكليّه المذكوره فى المتن إنّما تجرى فى موضوع البحث

و حاصلها أنّه إذا رجع المالك إلى البائع فى الغرامات الّتى لو رجع فيها إلى المشترى كان هو يرجع فيها إلى البائع لقاعده الغرور فلا يرجع هو إلى المشترى لأنّ المفروض أنّ قرار الضّمان على البائع الغار فلا وجه لرجوعه إلى المشترى فيما أخذه المالك منه و أمّا ما لا يرجع فيه المشترى إلى البائع كمساوى الثّمن المسمّى على المختار أو مقابل المنافع على مختار الرّياض

فإذا رجع المالک إلی البائع فهو یرجع إلی المشتری لأن قرار الضّمان علی المشتری لعدم جریان قاعده الغرور فیه

و من هنا توجّه إشکال أشار إلیه المصنف بقوله إن قلت و حاصله أنّ المفروض أنّ المبیع کان تحت استیلاء البائع و منه انتقل إلی المشتری و دخل تحت یده فإذا تلف فکما یکون المشتری ضامنا له و للمالک الرّجوع إلیه فکذلک البائع ضامن له أیضا فإذا رجع المالک إلیه فلا وجه لرجوعه إلی المشتری مع أنّه فی عرض المشتری من جهه الضّمان فإنّ کلّا منهما وضع یده علی المال و مقتضی قوله ص علی الید ما أخذت أنّه کالمشتری یجب علیه ردّ العین ما دامت باقیه و بدلها لو صارت تالفه نعم لو أتلفها المشتری فقرار الضّمان من جهه قاعده الإتلاف علیه

و أشار إلی جوابه

بقوله قدّس سرّه و توضیح ذلک یحتاج إلی الکشف عن کیفیّه اشتغال ذمّه کلّ من الیدین ببدل التّالف

لا یخفی أنّ ظاهر تمثیله المقام بباب الضّمان علی مذهب الجمهور و نحو ذلک أنّه قدّس سرّه بصدد توجیه ثبوت ضمان مال واحد علی شخصین أو أزید عرضا

و التّحقیق أنّه لا یمکن ثبوتا کون المال الواحد فی عهده شخصین علی نحو الاستقلال فی عرض واحد بأن یجب تکلیفا علی کلّ منهما عینا الخروج عن عهدته و یتعلّق بذمّه کلّ منهما وضعا فی عرض واحد فلو حدث سببان للضّمان فی زمان واحد فلا بدّ للقائل بصحّته أن یکون الضّمان علی کلّ من الضّامنین بنحو الاشتراک أو کون ضمان أحدهما فی طول ضمان الآخر فلو ضمن شخصان فی آن واحد عن مدیون تمام ما فی ذمته للدائن و رضی الدّائن بضمانهما دفعه أو رضی هو بضمان أحدهما و رضی وکیله بضمان الآخر فی زمان واحد فعلی القول بالصّحه یکون الدّین فی ذمّتها بالاشتراک لعدم إمکان تعلّق مال واحد بذمّه شخصین علی أن یکون علی کلّ منهما أداء تمام المال

و تصحیحه بنحو الواجب الکفائی إنّما یتمّ لو قلنا بأن أداء المال إنّما هو علی نحو الواجب التّکلیفی فیخاطب کلّ منهما بأن یجب علیک الأداء إن لم یؤدّه الآخر و أمّا لو کان الضّمان وضعیّا فلا یمکن تضمین کلّ منهما عرضا و لو بنحو تقیید الإطلاق بأن یقال أنت ضامن لو لم یضمنه الآخر فإنّ هذا لا محصّل له لأنّ نتیجه کون ضمان کلّ منهما فی مورد عدم ضمان الآخر عدم ضمان کلّ منهما فعلا و علی هذا فکلّما قیل بأنّه من هذا القبیل کدرک المبیع أو الثّمن أو ضمان الأعیان المضمونه أو ضمان الضّامن و المضمون عنه بناء علی مذهب الجمهور من عدم انتقال الدّین من ذمّه المضمون عنه إلی ذمّه الضّامن إمّا ممنوع صغری أی لیس من هذا القبیل أو کبری أی لیس بصحیح

أمّا درک المبیع أو الثّمن فهو عباره عن ضمان شخص عن البائع للمشتری عهده الثّمن إذا خرج المبیع مستحقا للغیر أو ضمان شخص عن المشتری للبائع عهده المبیع إذا خرج الثّمن مستحقّا للغیر و معنی ضمانه أنّه لو تلف المضمون أو امتنع أخذه من المضمون عنه یکون عوضه علی الضامن ففی مورد التّلف أو الامتناع لا تشتغل إلّا ذمّه الضّامن و فی مورد البقاء و عدم الامتناع لیس المکلّف بالردّ و الضّامن إلّا المضمون عنه

نعم لو قيل بأنّ كلّا منهما فى مورد البقاء ضامنان فيصير من قبيل اشتغال ذمّتين عرضا لمال واحد و هذا ممنوع جدّا بل غايه ما يمكن أن يقال أنّه يجب على الضّامن إلزام المضمون عنه بالردّ إلى المالك لا الضّمان الفعلى و بالجمله لو قيل بأنّ المال حين البقاء فى عهده الضّامن أيضا فمرجعه إمّا إلى لزوم إلزامه المضمون عنه و إمّا إلى أنّ ما للمالك فى عهده

المضمون عنه فهو فى عهده الضّامن أيضا و هذا ليس إلّا ضمانا طوليا كما سيجى ء توضيحه

و أمّا ضمان الأعيان المضمونه فحكمها حكم درک المبيع أو الثّمن فإنّ من ضمن عن المستعير فى العاريه المضمونه أو ضمن فى مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد فليس ضامنا مطلقا بل عند التّلف و فى هذا الحال لا تشتغل إلّا ذمّه الضّامن و أمّا فى مورد البقاء فمعنى ضمانها أن عليه إلزام المضمون عنه بالردّ إلى المالک و أمّا الضّمان على مذهب الجمهور فى الدّيون فالأقوى فساده لما ذكر فى محلّه من أنّه ينتقل الدّين بمجرّد الضّمان إلى ذمّه الضّامن

و حاصل الكلام أنّه يمتنع ثبوتا ضمان شخصين لمال واحد فى زمان واحد على نحو الاستقلال عرضا و أمّا الضّمان طولا على أزيد من شخص واحد فى زمان واحد فيمكن ثبوتا و دلّت عليه الأدلّه إثباتا

أمّا ثبوتا فلإمكان أن يكون كل واحد من الضمناء ضامنا لما يضمنه الآخر فتشتغل ذمّه أحدهم بما تشتغل ذمّه الآخر به أى يخرج من كيس أحدهم ما يؤدّيه الآخر و هذا النّحو من الضّمان يمكن أن يكون سببه العقد أو الإتلاف أو اليد فالعقد كالضّمان بالالتماس فإذا التمس المديون من شخص أن يؤدّى دينه و رضى الدائن به فالضّامن يصير ضامنا للدّين و الملتمس يكون ضامنا لما يؤدّيه الضّامن بمقدار ما يؤدّيه و الإتلاف كضمان الغار ما يغترمه المغرور و اليد كتعاقب الأيدى الغاصبه فالغاصب الأوّل ضامن للمالک ما يضمنه الثّانى أى يجب أن يخرج من كيس الثّانى ما يغترمه الأوّل فالغاصب الثّانى ضامن لما يضمنه الأوّل

و أمّا إثباتا فأدلّه هذه الأبواب تكفى لإثبات هذا المعنى أمّا مسأله الضّمان بالالتماس و الغرور فقد اتّضحتا فى محلّهما و قد أشرنا نحن إلى مدركهما فالعمده هى مسأله اليد و قبل توضيحها لا بأس بالإشاره إلى جهه اشتراک هذه الأبواب الثلاثه و جهه افتراقها أمّا الأثر المشترک بينها فهو أنّ الضّامن لما يضمنه الآخر ليس ضمانه فعليا بل يكون تقديريا أى ضامن على تقدير أداء الآخر و بمقدار ما يؤدّيه و أشرنا إلى أنّ ما أفاده العلّامه من كونه ضامنا على أىّ حال لا وجه له إلّا بإرجاع كلامه إلى أنّ عليه أن يلزم الآخر بالأداء

و كيف كان فالتّحقيق أنّ المديون لا يضمن للملتمس حقيقه إلّا بعد أدائه دينه و كذلک الغاصب الثّانى لا يضمن للغاصب الأوّل إلّا بعد أداء الأوّل نعم هو ضامن فعلا للمالک على ما سيجى ء و هكذا الغار ليس ضامنا للمغرور قبل أدائه المال و السرّ فى ذلک هو ما أشرنا إليه و هو كونه ضامنا لما يضمنه الآخر و ملتزما بما يؤدّيه فما لم يؤدّ شيئا لا معنى لأن يكون ضامنا و قد تقدّم فى أوّل البيع أن كلّما كان من قبيل الضّمان بالالتماس و هو استيفاء الأموال أو الأعمال بالأمر المعاملى الغير المبنىّ على التبرّع لا يضمن الآمر ما يأمر به إلّا بعد استيفائه العمل أى بعد عمل المأمور بأمره

و أمّا الأثر المختص ففى مورد الضّمان العقدى لا يتعدّد الضّامن للمالک لأنّ الدّين قبل قبول الملتمس الضّمان على عهده المديون دون غيره و بعد قبوله فالدّين على عهدته لا غير لخروجه عن ذمّه الملتمس و أمّا الضّمان بالتغرير أو تعاقب الأيدى فكلّ من الغار إذا كان غاصبا و المغرور و كلّ واحد من الغاصب الأوّل و الثّانى ضامن للمالک بنحو الطّوليّه على ما سيجى ء

نعم بينهما فرق و هو أنّ المالک إذا رجع إلى الغار لا يرجع هو إلى المغرور بخلافه فى تعاقب الأيدى فإنّ كلّ سابق يرجع

إلى اللّاحق بعد رجوع المالک إليه و السرّ فيه هو التغرير فى الأوّل دون الثّانى بل قيل بفرق آخر بينهما و هو أن سبب ضمان الغار للمغرور متحقّق و إن كان ضمانه فعلا يتوقّف على رجوع المالک إلى المغرور بخلاف تعاقب الأيدى فإنّ سبب ضمان الثّانى للأوّل أيضا غير موجود بل الموجود هو ضمانه للمالک بمقتضى اليد

و لكنّ الحقّ عدم الفرق بينهما من هذه الجهه لأنّ الثّانى أيضا بالنّسبه إلى الأوّل كالغار بالنسبه إلى المغرور فإنّ الثّانى يضمن ما ضمنه الأوّل و الأوّل حيث إنّه ضامن للمالک فعلا و المفروض أن يد الثانى نشأت من يد الأوّل فسبب ضمان الثّانى للأوّل موجود و إن كان ضمانه الفعلىّ له يتوقّف على أداء الأوّل بدل مال المالک إذا عرفت ذلک ظهر أنّه يمكن تعدّد الضّمناء لمال واحد إذا كان ضمان أحدهم فى طول ضمان الآخر رتبه و إن كان فى عرض الآخر زمانا فإنّ فى تعاقب الأيدى اجتمع ضمان كلّ واحده من الأيدى للمالک فى زمان واحد و ضمان كل لاحق لسابقه

أمّا ضمان اللّاحق للسابق طولا فواضح لأنّ كيس اللّاحق مخرج لما ضمنه السّابق بمعنى أنّه لو أدّى السّابق بدل مال المالک فاللّاحق ضامن له لا مطلقا بل صحّ أن يقال إنّ الضّمان الفعلى على اللّاحق بالنّسبه إلى السّابق متأخر زمانا أيضا

و أمّا ضمانه للمالک فإنّه و إن كان بمقتضى اليد كالسّابق ضامن للمالک أيضا لأنّه كما يضمن الغاصب الأوّل مال المالک وضعا و يجب عليه الأداء تكليفا فكذلک الغاصب الثّانى إلّا أنه فرق بينهما و هو أنّه ليس الثّانى ضامنا للمال كضمان الأوّل له بل ضامن لمال هو فى ذمّه الأوّل و عهدته و نتيجه هذا النحو من الضّمان هو وحده ما يؤدّى عن المضمون ذاتا و حقيقه من دون تقييد إطلاق و إمكان هذا النحو من الضّمان لا إشكال فيه ثبوتا إنّما الكلام فى نهوض الدليل عليه إثباتا

فإنّه قد يقال إنّ عموم على اليد بالنّسبه إلى جميع الأيدى بنسق واحد فكيف لا يضمن الثّانى للمالک على طبق ما ضمنه الأوّل و لكنّک خبير بأنّ دليل على اليد و إن كان عاما و كما يشمل كلّ يد عاديه بالنّسبه إلى كلّ مال فكذلک يشمل جميع الأيدى المتعاقبه بالنّسبه إلى مال واحد إلّا أنّه قد يكون بين أفراد العام فرق من غير ناحيه شمول العام لهذه الأفراد المختلفه و من غير احتياج إلى مئونه زائده لشموله لها كما إذا نشأ الاختلاف من ناحيه الأفراد فقد يكون مال زيد فى عهده عمرو و مال بكر فى عهده خالد و هكذا و قد يكون مال زيد فى عهده عمرو و أخذه بكر من عمرو و أخذه خالد من بكر و هكذا

فإذا كان من قبيل الأوّل فمعنى الضّمان عند العقلاء و العرف هو كون المال مجرّدا عن خصوصيّته الشخصيّه فى عهده الضّامن و بهذا المعنى يصحّ ضمان الأعيان فإنّ الالتزام بأنّ ضمان الأعيان الخارجيّه عباره عن كونها عند التّلف على ذمّه الضّامن بلا موجب لأنّ الأعيان و إن لم تكن قابله كالدّيون قابله لأن تكون بنفسها فى الذمّه كما لا يمكن أن تكون فى الحسّ المشترک و لا فى المتخيّليّه و لا فى القوه العقلائيّه إلّا أنّها حال تجرّدها عن خصوصيّتها الشخصيه قابله لأن تكون فى الذمّه أى العين بماليّتها الغير المتقدّره بالقيمه فى عهده الضّامن و هذا اعتبار عقلائى و مال كلّى عرفى لا بأس بالتزامه و لا موجب لأن يقدّر الضّمان عند التّلف

و أمّا ما كان من قبيل الثّانى فاعتبار ضمانه عرفا أن يكون بدل المضمون واحدا ذاتا و فردا حقيقه لأنّ

الأوّل ضامن لما يكون مخرجه فى ذمّه الثّانى و الثانى ضامن لما يضمنه الأوّل فالثّانى و إن كان ضامنا للمالك أيضا بإطلاق الدليل أو عمومه كالأوّل إلّا أن كلّ واحد ليس ضامنا مطلقا لأن حقيقه ضمان المال الّذى هو فى عهده الآخر و ذمّته أن لا يكون الضّمان مطلقا

و على كلّ تقدير فالضّمانان و إن اجتمعا فى الزّمان بمقتضى عموم اليد إلّا أنّهما لم يجتمعا فى الرتبه لأنّ الغاصب الأوّل ضامن للمالك ما يجب أن يؤخذ من الثّانى و ما فى عهده الثّانى هو الّذى ثبت فى عهده الأوّل فلم يجتمع الضّمانان عرضا كاجتماعهما على مذهب الجمهور فإنّهم أيضا و إن لم يلتزموا بضمان كلّ منهما مستقلا بحيث يرجع المالك إلى كليهما إلّا أنّهم قائلون بضمان كلّ منهما عرضا

و بالجمله لتعدّد الضمناء طولا آثار منها أنّ لازمه وحده بدل المضمون خارجا بل حقيقته تضادّ الجمع فى الوجود فلا يرد على أصحابنا بأنّهم التزموا بما التزم به الجمهور مع أنّهم يشدّدون النّكير عليهم حتى قال بعضهم باستحالته للفرق بين المسلكين فى الطّوليّه و العرضيّه

و منها أن فى باب تعاقب الأيدى إذا لم يكن الثّانى مغرورا من الأوّل إذا رجع المالك إليه لا يرجع هو إلى الأوّل لأن لازم ضمان الأوّل شيئا يجب تداركه على اللّاحق و ضمان اللّاحق شيئا كان فى عهده السّابق هو أن يرجع السّابق إلى اللّاحق دون العكس و هذا عكس قاعده الغرور

و منها أنّه لا بأس بالتزام اجتماع الضّمانات المتعدّده فى زمان واحد كما هو مقتضى على اليد فإنّ فى تعاقب الأيدى سواء كان هناك غرور أو لم يكن سبب الضّمان للمالك موجود فى كل واحد من الضمناء فإنّ مقتضى وضع اليد من كلّ منهم على مال المالك أن يكون ذمته مشغوله بماله

نعم فى الضمان العقدى لا يقتضى ثبوتا و إثباتا اجتماع ضمانين فى زمان واحد فإنّ المديون الّذى هو ضامن للضامن كان أوّلا هو الضّامن للدّين و لم يكن الضّامن قبل ضمانه ضامنا و بعده برئ ذمته و صار الضّامن ضامنا لأن حقيقه ضمان شخص ما فى ذمّه الآخر مع وحده الدين أن لا يكون للمالك حقّ على المديون و لذا لو اشترط بقاء ذمّته يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد و الكتاب و السّنه

قوله قدّس سرّه هذا حال المالك بالنّسبه إلى ذوى الأيدى و أمّا حال بعضهم بالنّسبه إلى بعض فلا ريب فى أنّ اللّاحق إذا رجع إليه لا يرجع إلى السّابق إلى آخره

لا يخفى أنّه ظهر ممّا ذكرنا أمور أربعه الأوّل جواز رجوع المالك إلى كلّ من شاء من الأيدى المتعاقبه و وجهه هو تحقّق سبب الرّجوع فى الجميع و هو اليد العاديه و أنّ على اليد ما أخذت كما يشمل الأيدى المختلفه على الأموال المختلفه كذلك يشمل الأيدى المختلفه على المال الواحد كما هو شأن كلّ قضيّه حقيقيّه الثّانى أنّه لو رجع إلى أحدهم و أخذ عوض ماله منه ليس له الرّجوع إلى الآخر

و وجهه هو وحده الحقّ و كون ما فى ذمّه السّابق هو ما فى ذمّه اللّاحق أى مخرج ما فى ذمّه الأوّل ذمّه الثانى فليس هناك ذمّتان عرضيّتان الثّالث رجوع السّابق إلى اللّاحق لو لم يكن غارا له و لو لم يتلف المال عنده بل تلف عند غيره

و وجهه أن ذمّه اللّاحق مشغوله بما يجب خروجه عن ذمّه السّابق أى ذمّته مخرج لما يضمنه الأوّل فما يؤدّيه الأوّل يؤخذ من الثّانى لاشتغال ذمّته للمالك بماله بدل أى عهده فى ذمّه الأوّل فإذا رجع المالك إليه فهو لا يرجع إلى السّابق لعدم كونه مغرورا منه بالفرض و أمّا لو رجع المالك إلى السّابق فهو يرجع إلى الثّانى لأنه ضمن شيئا له بدل فى ذمّه السّابق و البدل يجب أن يخرج

من الثانى و هذا هو المراد من البدل فى كلام المصنف أى ما فى ذمّه الأوّل فى ذمّه الثانى فيضمن الأوّل ما يضمنه الثانى فقد ضمن اللّاحق شيئا له بدل أى عهده كما أشار إليه بقوله قدّس سرّه فما يدفعه الثّانى فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّه الأوّل و ليس المراد من البدل بدل أصل المال نظير المنافع حتى يقال إنّ الثّانى و إن ضمن ماله بدل إلّا أنّ الأوّل كذلك أيضا لأنّ كلّ ما يضمن للمال فى السلسله الطّوليّه من المنافع و علوّ القيمه و البدل ثابت على السّابق أيضا فيصدق أنّ السّابق أيضا ضامن لما له بدل إلى آخر الإيرادات السّبعه المذكوره فى حاشيه السيّد الطّباطبائى قدّس سرّه و بالجمله غرض المصنف أنّ اللّاحق ضامن للمالك و للسّابق لأنّ ذمته مخرج لما يؤخذ من السّابق فهو يضمن على البدل إمّا نفس العين بما أنّها فى ذمّه السّابق و إمّا ما يؤخذ من السّابق فلا يرد عليه أنّ كلّا منهما ضامنان للبدل و ذلك لأنّ الأوّل ليس ضامنا للثّانى فكيف يكون كلّ منهما ضامنين للبدل و بالجمله بعد ما عرفت من أنّ ورود المال من يد السّابق إلى يد اللّاحق يقتضى أن يكون اللّاحق مشغول الذمّه بما يؤخذ من الأوّل فمقتضاه أن يكون اللّاحق ضامنا للسّابق دون العكس و حيث إنّ المحشى قدّس سرّه حمل البدل على المثل أو القيمه الّذى يكون كلّ يد مشغوله له مشروطا بالتّلف أورد ثانيا بقوله إنّ ضمان العين الّتى لها بدل أى عوض فى ذمّه الآخر لا يقتضى ما ذكره من ضمان واحد من البدل و المبدل كيف و البدل لم يتحقّق فيه سبب الضّمان إذ لم يثبت تحت يد الضّامن و لا أتلفه و لا غير ذلك فلا وجه لكونه مضمونا و دعوى كونه من توابع العين كما ترى إلى آخره و أنت خبير بأنّ غرض المصنف إثبات الضّمان الطّولى و بيان عدم اجتماع الضّمانين عرضا و أنّ يد اللّاحق ليست كيد السّابق ضامنا للمال مجرّدا عن خصوصيه كونه فى ذمّه غيره و توضيح ذلك مضافا إلى امتناع اجتماع الضّمانين عرضا و لو بنحو تقييد الإطلاق و الواجب الكفائى لما عرفت أنّ التّقييد إنّما يصحّ فى التّكليف دون الوضع و مضافا إلى ما قيل و إن كان خلاف المختار أنّه لو لم يكن للمال خصوصيّه عند وضع السّابق يده عليه و حدثت عند اللّاحق فيضمنها اللّاحق دون السّابق و هذا يقتضى الاختلاف فى كيفيّه الضّمان أن مقتضى عموم على اليد و انحلاليّته بالنّسبه إلى كلّ يد كما هو شأن كلّ عام أصولى فى القضايا الحقيقيّه أن يكون يد السّابق مشغوله بالمال مجرّدا عن خصوصيّه كونه فى ذمّه أحد و أمّا يد اللّاحق فلا يمكن أن يكون مشغوله بالمال مجرّدا لأنّ المفروض أنّ المال وصل إلى اللّاحق بعد اشتغال ذمّه السّابق به فشمول على اليد بالنّسبه إلى السّابق كشمول دليل حجيّه الخبر للخبر بلا واسطه بالنّسبه إلينا و شموله بالنّسبه إلى اللّاحق كشمول دليل الحجّيه للخبر مع الواسطه فإنّه كما يثبت موضوع بتوسّط شمول فرد من الحكم لفرد من الموضوع و لا مانع من شمول فرد آخر من الحكم الانحلالى لهذا الموضوع المتولّد فكذا يثبت خصوصيّه للمال و اعتبار عقلائى له بتوسط شمول على اليد لليد الأولى فإذا عمّ فرد من الحكم اليد الثّانيه مع الخصوصيّه الّتى نشأت من قبل شمول على اليد لليد الأولى فمقتضاه أن لا تكون اليد اللّاحقه ضامنه للمال مجرّدا عن الخصوصيّه كضمان اليد السّابقه بل هى تضمن العين للمالك بخصوصيّه كونها فى ذمّه الأولى و هذه الخصوصيّه اعتبار عقلائى لا يمكن أن تجرّد اليد اللّاحقه عنها

إلّا بدليل خارجىّ و إلّا فمقتضى عموم على اليد ما أخذت و انحلاليّه القضيّه ثبوت هذه الخصوصيّه فى ذمّه الثانى و هذا عين الضّمان الطّولى و العجب أنّ المحقّق الخراسانى فى حاشيته مع تصريحه بهذا المعنى فى قوله و أمّا حديث جواز رجوع اليد السّابقه إلى اللّاحقه لو رجع إليها المالك المستلزم لكون قرار ضمان التّالف على من تلف عنده مع المساواه فيما هو سبب الضّمان فهو أيضا من آثار حدوث سبب ضمان ما كان فى ضمان الآخر لواحد آخر و أحكامه عند العرف إلى آخر كلامه قدّس سرّه التزم بالضّمان العرضى فى أوّل هذه الحاشيه على نحو الواجب الكفائى

و قد عرفت أنّ تساوى اليدين فى سبب الضّمان لا وجه له بل الأوّل يضمن المال مجرّدا و الثّانى بما أنه فى ذمّه الآخر و هذا عباره أخرى عن ضمان ما كان فى ضمان الآخر و أمّا الأوّل فلا يضمن ما فى ضمان الآخر بل يضمن المال مجرّدا

و بالجمله تعهّد شخصين لمال واحد عرضا بأن يكون ذمّه كلّ منهما ظرفا لمال واحد من المستحيل فإنه نظير ثبوت شى ء واحد فى آن واحد فى الأمكنه المتعدّده فما يمكن ثبوتا هو التعهّدات الطوليّه و الذّمم المترتّبه و هذا هو مقصود المصنف فاندفعت الإيرادات السّبعه عنه لأنّ مبناها على كون مقصوده من البدل هو العوض مع أنّ مقصوده أنّ السّابق متعهّد للمال قبل اللّاحق و اللّاحق متعهّد لما فى ذمّه الأوّل و عهدته فالمال الواحد فى ذمم كثيره بهذا النحو من الظرفيّه و هذا منشأ رجوع السّابق إلى اللّاحق دون العكس

ثمّ ممّا ذكرنا من أنّ ذمّه الثّانى مخرج لما فى ذمّه الأوّل ظهر الأمر الرابع و هو أنّ السّابق ليس له الرّجوع إلى اللّاحق ما لم يخرج من وظيفته و قد ذكرنا أنّ هذا هو الأثر المشترك فى جميع أبواب تعدّد الضّمناء لمال واحد

و كيف كان فما أفاده فى الجواهر فى وجه رجوع غير من تلف المال فى يده إلى من تلف فى يده من أنّ خطاب الثّانى بالأداء ذمّى و أمّا خطاب الأوّل تكليفىّ لا نعرف وجهه مع أنّ دليل الضّمان واحد فى الجميع

هذا مضافا إلى ما أورد عليه المصنف قدّس سرّه من أنّه لو كان خطاب الأوّل مجرّد التّكليف لا الوضع لم يكن وجه لإجباره على دفع بدل المال أو دفع الحاكم عنه و تقديمه على الوصايا و نقل المالك البدل بالمصالحه و نحوها من غيره

ثم إنه كيف يملك غير من تلف المال فى يده بأدائه بدل المال ما فى ذمّه من تلف فى يده مع أنّه لم يقم دليل على المعاوضه الشّرعيّه القهريّه بل و لو قلنا بما اختاره صاحب المقابس بأنّ من تلف العين فى يده يملك العين التّالفه حين التّلف آنا ما بالملك القهرىّ إلّا أنّ اطّراده فى غير مورد التّلف لا وجه له لأنّه لم يقم دليل على أنّ كلّ غارم يملك العين الّتى غرمها أو بدلها الّذى فى ذمّه الآخر فلا معنى للمعاوضه القهريّه

و بالجمله قد تقدّم سابقا أنّ باب الغرامات غير باب المعاوضات فالغارم لا يملك بغرامته شيئا و حاصل الكلام أنّ عمده الإشكال فى مسأله تعاقب الأيدى هو رجوع كلّ سابق إلى لاحقه إذا رجع المالك إليه و أمّا سائر الأحكام مثل أنّه لو رجع المالك إلى أحد فليس له الرّجوع إلى غيره ثانيا و عدم ثبوت حق للسّابق على اللّاحق قبل دفع الغرامه و عدم ثبوت حقّ اللّاحق على السّابق إذا رجع المالك إليه فهى من الأمور الواضحه و تقدّم وجه الجميع و وجه رجوع السابق إلى اللّاحق أيضا و هو أنّ اللّاحق يضمن

ما فى عهده السّابق و هذا عباره أخرى عن كون ذمّته مخرجا لذمّه السّابق

و الدليل

على ذلك إطلاق على اليد بالنّسبه إلى اليد اللّاحقه أى يشمل إطلاقه ضمان اللّاحق قبل خروج السّابق عن عهده مال المالك و بعده و نتيجته أنّه لو رجع المالك إليه فهو يرجع إلى لاحقه دون سابقه لو كان هناك لاحق و لو رجع إلى السّابق فهو يرجع إليه لأنّه كان ضامنا على أىّ حال أمّا كونه ضامنا للمالك فلدخول المال تحت يده و أمّا كونه ضامنا للسّابق فلأنّ شمول على اليد لليد الأولى اقتضى كون خصوصيّه ما فى اليد الأولى مضمونا على اليد اللّاحقه فتأمل فى أطراف ما ذكرناه فإنّ هذا غايه ما يمكن أن يقال فى هذا المقام

ثمّ إنّ هنا فروعا ينبغى التّنبيه عليها الأوّل إذا تلف العين فإذا أبرأ المالك جميعهم فلا إشكال فى سقوط حقّه إنّما الإشكال فيما لو أبرأ أحدهم فهل يبرئ الجميع أو خصوص ذلك أو التّفصيل بين السّابق عليه فيبرئ ذمّته و اللّاحق فلا وجوه وجه الأوّل هو وحده الحقّ و إن كان سبب الضّمان متعدّدا و الإبراء يرجع إلى المسبّب فإذا أسقطه سقط عن ذمّه الجميع كما لو أخذ بدله من بعض و وجه الثانى أنّ الإبراء يرجع إلى السّبب فيسقط عن ذمّه خصوص من أبرأ ذمّته دون غيره و لا يخفى ضعف هذا الوجه و وجه الثّالث هو أنّ الحق و إن كان واحدا إلّا أنّ السّبب متعدّد و مقتضى إبرائه أحدهم أن يبرئ هو و من لا يمكن مع فراغ ذمته اشتغال ذمّته و ليس هو إلّا السّابق فإنّ ذمّته كانت مشغوله بما يكون مخرجه من اللّاحق فإذا أبرأ اللّاحق فلا يعقل بقاء الاشتغال للسّابق لأنّ معنى بقائه أن يكون مخرجه من اللّاحق و المفروض فراغ ذمّته بإبراء المالك إلّا أن يلتزم بعدم تأثير إبراء المالك فى السّلسله الطّوليّه بالنّسبه إلى واحد و هذا لا يمكن الالتزام به

و أمّا اللّاحق فبراءه ذمّه السّابق لا يستلزم عقلا براءه ذمّته و نحن اخترنا سابقا هذا التفصيل و وجّهناه بأنّ الإبراء ليس بمنزله استيفاء الحقّ بل هو بمنزله إعدام موضوع المطالبه من المبرإ عنه فإذا استلزم هذا الإعدام إبراء ذمّه واحد آخر كالسّابق فهو و إلّا لا وجه لسقوط حق المالك عن غير المبرإ عنه فعلى اللّاحق خروجه عن عهده ما ضمنه للمالك و إن لم يكن ضامنا للسّابق

و بالجمله الإبراء ليس كالهبه و المصالحه و لذا وقع الخلاف فى مسأله إبراء الزّوجه الزّوج الصّداق فى أنّه لو طلّقها بعد ذلك قبل الدّخول فهل له المطالبه منها بنصف المهر أو ليس له و لم يقع الخلاف فى جواز المطالبه لو وهبته أو صالحته كذلك و لا وجه لهذا الفرق إلّا من جهه أنّ الصّلح أو الهبه تمليك للزوج ما فى ذمّته و إن كان أثره الإبراء لعدم معقوليّه تملّك الإنسان ما فى ذمّه نفسه و أمّا الإبراء فهو إعدام الموضوع فحكم المبرإ عنه حكم أحد الشّخصين فى الواجب الكفائى إذا تعذّر عليه التّكليف فإن سقوط التّكليف عن أحدهم لا يوجب سقوطه عن الآخر

و لكنّ الحقّ أنّ الإبراء أيضا كاستيفاء الحقّ فى المقام لأنّ البرهان الجارى فى السّابق على المبرإ عنه يجرى فى اللّاحق أيضا فإنّه كما لا يمكن مع فراغ ذمّه الوسط اشتغال ذمّه السّابق عليه فكذلك لا يمكن مع فراغ ذمّته اشتغال ذمّه اللّاحق لأنّ اللّاحق على ما قدمناه ليس فى عرض السّابق عليه ضامنا للمالك بل هو ضامن للمالك ما فى ذمّه سابقه أى ذمّته مخرج لذمّه السّابق فيستحيل مع فراغ ذمّه الوسط اشتغال ذمّه اللّاحق

و بعباره أخرى

إذا فرضنا أنّ اللّاحق يضمن ما يضمنه السّابق لا غيره فكيف يبرئ ذمّه السّابق و لا يبرئ اللّاحق عليه فالحقّ أنّ الإبراء من واحد يوجب فراغ ذمّه الجميع الثّانى لو وهب المالك ما فى ذمّه أحدهم أجنبيا أو صالحه بعوض أو مجّانا فحكم هذا الأجنبى حكم المالك فى جواز رجوعه إلى أىّ واحد من الأيدى و أمّا لو وهب أو صالح واحدا من السّلسله فلا إشكال فى أنّ المالك يسقط حقّه من الجميع لأنّه مقتضى وحده الحقّ إنّما الإشكال فى أنّ المتّهب أو المتصالح من هذه السّلسله هل هو كالأجنبى فى جواز رجوعه إلى من شاء منهم أو كما يبرأ ذمّته لأنّ هذا أثر الهبه و الصّلح يبرأ ذمّه الجميع أو يبرأ ذمّه السّابق دون اللّاحق وجوه أقواها الأخير

أمّا براءه ذمّه الجميع فلا وجه له فإنّ المالك الأصلى و إن سقط حقّه من الجميع لانتقال الملك إلى غيره إلّا أنّه يقوم هذا المالك الفعلى مقام الأصلىّ فله المطالبه من اللّاحق فإنّ المصالحه أو الهبه لها أثران إبراء المتّهب أو المتصالح و تملّكه المال فيرتّب عليها آثار الملكيّه فإذا كان اللّاحق ضامنا للسّابق الّذى هو ضامن لسابقه أو للمالك فإذا ملك الضّامن السّابق فله الرّجوع إلى الضّامن اللّاحق الّذى هو ضامن للضّامن

و أمّا براءه ذمّه السّابق عليه فلأنّ المتّهب أو المتصالح لم يكن حين وصول المال إلى السّابق مالكا فلا وجه لضمان السّابق و مجرّد تملّكه فعلا لا يقتضى جواز رجوعه إليه لأن تعاقب الأيدى يقتضى أن يرجع السّابق إلى اللّاحق لا العكس

و بالجمله مقتضى تملّك واحد من هذه السّلسله ثبوت حق الرّجوع له إلى اللّاحق إلّا أن يقال إنّ مقتضى الملكيّه و إن كان ذلك إلّا أنّ هذا مختصّ بما إذا استقر الملك فى ملكه و أمّا الملك التّقديرى كما فى المقام فلا أثر له إلّا الإبراء و إبراء واحد يقتضى إبراء الجميع كما هو المختار بل مقتضى ما تقدّم من أنّه لا تشتغل ذمّه اللّاحق للسّابق إلّا بعد أدائه الغرامه فالسّالبه هنا بانتفاء الموضوع لأنّ السّابق لم يغترم للمالك شيئا حتى يكون مخرجه ذمّه اللّاحق

نعم لو لم تكن المصالحه مجانيّه بل كانت بعوض فللمتصالح الرّجوع إلى اللّاحق لأنّ المال التالف أو بدله صار ملكا له فله الرّجوع إلى اللّاحق الثّالث إذا أقرّ أحدهم بالغصبيّه دون غيره فهو الملزم بأداء المال إلى المالك دون غيره و ليس له الرّجوع إلى لاحقه لإنكار اللّاحق بأنّ المال له و لو أقام مدعى الملك البيّنه عند الحاكم فحكم به فيرتب على ملكه جميع آثار الملكيّه لأنّ لوازم البيّنه حجّه فله الرّجوع على كلّ من وضع يده على ملكه إلّا أن يكون واحدا منهم غائبا فله الحجّه لإمكان جرحه الشهود هذا إذا كان وضع اليد على الملك معلوما و كونه ملكا للمدّعى مشكوكا فأثبته عند الحاكم

و أمّا إذا كان الوضع مشكوكا فلا بدّ من إثباته أيضا فيمكن له المرافعه مع غير واحد ثم إنّ هذا كله حكمه رجوع المالك إلى كلّ واحد و أمّا رجوع السّابق إلى اللّاحق فلو كذّب الشهود و أنكر الحكم و ادّعى أنّ المال له فليس له الرّجوع إلى اللّاحق لو باعه منه أو وهبه إياه و نحو ذلك و لو رجع المالك إلى اللّاحق فلو أنكر الحكم و ادّعى أنّ المال للسّابق فإذا أعطاه بدله فليس له الرّجوع إلى البدل كما أنّه ليس له الرّجوع إليه بالنّسبه إلى الغرامه الّتى اغترمها للمالك هذا إذا ثبت الحقّ بالإقرار و البيّنه و حكم الحاكم

و أمّا إذا وصلت النّوبه إلى الحلف فتاره يحلف واحد منهم و أخرى يحلف المدّعى بردّ المنكر أو الحاكم فإذا حلف واحد

منهم فالأقوى سقوط حقّ المدعى عن الجميع سواء قلنا بأنّ الحلف يذهب حقّ المدّعى واقعا أم قلنا بأنّه يذهبه ظاهرا لأنّ هذا النزاع لا أثر له فى المقام بل إنّما يؤثر فى مسأله التّقاص و إقرار الحالف على خلاف حلفه و نحو ذلك لأنّه على كلا القولين يرفع الخصومه و يقطع الدعوى فلا يمكن للمدّعى بعد حلف واحد منهم الرّجوع إلى غيره لأنّه لو رجع إلى السّابق فهو لا محاله يرجع إلى الحالف و مع حلفه لا يمكن اشتغال ذمّته و لو رجع إلى اللّاحق فاللّاحق لا يشتغل ذمّته إلّا بما هو فى ذمّه سابقه و المفروض براءه ذمه سابقه فيقتضى براءه ذمّه أحد السّلسله براءه الجميع و ليس له الترافع مع غيره

و أمّا لو حلف المدّعى فلا شبهه فى ثبوت حقّه على الرّاد و إنّما الإشكال فى ثبوت حقّه على غيره فقد يبتنى المسأله على أنّ حلف المدّعى بمنزله البيّنه فله الرّجوع إلى كلّ واحد أو بمنزله الإقرار حتّى يختصّ بالراد دون غيره و لكن الحقّ أنّه أصل برأسه و لازم ذلك عدم جواز رجوعه إلى غير الرّاد لأنّ ردّه اليمين على المدّعى لا يلازم ثبوت حقّ له على غيره

نعم لو قيل هنا بجواز رجوعه إلى اللّاحق دون السّابق و كذا رجوع الرادّ فى الغرامه الّتى اغترمها إلى اللّاحق دون السّابق فله وجه لأن حكم مسأله الإثبات بالحلف عكس حكم مسأله الإسقاط بالإبراء فلو قلنا بالتّفصيل فى مسأله الإبراء فالتّفصيل جار هنا أيضا غايه الأمر عكس التّفصيل السّابق فراجع و تمام الكلام موكول إلى مبحث القضاء

الثّالث لو رجع المال من يد اللّاحق إلى السّابق فتلف فى يده فلا شبهه فى جواز رجوع المالك إلى كلّ منهما إنّما الكلام فى أنّه لو رجع إلى السّابق الّذى تلف المال فى يده فهل له الرّجوع إلى اللّاحق بمقتضى ما تقدم من أنّ كلّ سابق يرجع إلى لاحقه أم لا الحقّ هو الأخير لأنّ وجه جواز رجوع كلّ سابق إلى لاحقه هو ما تقدم من أنّ ما يخسره على اللّاحق و هنا انعكس الأمر لأنّ السّابق صار لاحقا بأخذه ثانيا فإنّه و إن لم يضمن للمالك ضمانا جديدا إلّا أنّه صار ضامنا للضّامن فيصير هو محلّا للخساره فلا يمكن أن يرجع هو إلى غيره بل لو رجع المالك إلى اللّاحق فهو يرجع إلى السّابق الّذى صار لاحقا و هذا واضح

[مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه]

قوله قدّس سرّه مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه فعلى القول ببطلان الفضولى فالظّاهر أنّ حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله إلى آخره

لا إشكال فيما ذكره قدّس سرّه فإنّه لو قيل ببطلان الفضولى يكون ضمّ مال غيره إلى مال نفسه و بيعهما صفقه حكم ضمّ الخمر إلى الخلّ فإنّ الإشكالين المذكورين فيه من أنّه من بيع المجهول و من عدم وقوع ما قصد و عدم قصد ما وقع جاريان فيه و دفعهما مشترك و على فرض صحّه تلك المعامله فضمّ مال غيره إلى مال نفسه أولى بالصّحه لورود النّص الصّحيح فيه و هو صحيحه صفّار المتقدّمه و قيام الإجماع الصّريح على صحّته و لو قيل بصحّه الفضولى فلا إشكال فى الصّحه مع الإجازه و إنّما الكلام فى صحّته مع الردّ

و يظهر من المصنف قدّس سرّه أنّ فى صوره الردّ لا ملازمه بين هذه المسأله و مسأله بيع ما يقبل التملّك و ما لا يقبله لأنّه

يمكن القول بالصّحه فى المقام دون تلك المسأله و ذلك لأنّ الإشكالات الوارده فى تلك المسأله ورودها فى المقام أضعف فإنّ الإشكال فيها منحصر فى ثلاثه الأوّل اعتبار وقوع الإنشاء فيما يقبل التملّك أى يشترط فى العقد أن يكون عوضه ممّا يقبل التّمليك و التملّك الثّانى أن التّراضى

وقع على المجموع الّذى لم يمضه الشّارع فما قصد لم يقع و ما أمضاه الشّارع لم يقصد الثّالث ورود الغرر بمعنى الجهل فى ثمن المبيع

و لا ـ شبهه أنّ الإشكال الأوّل لا يجرى هنا فإنّ المبيع ملك و يقبل التّمليك و التملّك إلّا أن يعتبر شرط آخر فى الإنشاء و هو اعتبار وقوعه من المالك أو وكيله دون الفضولى و هذا يرجع إلى القول ببطلان الفضولى و كلامنا مبنى على الصحّه فبناء عليها لا يرد الإشكال الأوّل و كذلك الثّانى أيضا فإنّ الشّارع أمضى التراضى بالمجموع غايه الأمر جعل اختيار بعض المبيع بيد مالكه فلا إخلال فيه من جهه الإنشاء العقدى و الثّالث وروده فى المقام أضعف لأن فى تلك المسأله يتوقّف التّقسيط على فرض ماليّه للخمر مثلا بخلاف المقام فإنّه مال حقيقه

و بالجمله بناء على ما سيجى ء فى محلّه من أنّه لا ـ إشكال فى الصّحه فيما لو جمع بين مختلفى الحكم كالخمر و الخلّ أو الحيوان مع غيره فلا إشكال أيضا فى بيع مال الغير مع مال نفسه لأنّه ينحلّ العقد بالنّسبه إلى كلّ جزء إلى ما يقتضيه حكمه و لا يرد أيضا إشكال كون البيع أمرا بسيطا فكيف ينحلّ إلى جزءين لأنّ بساطه البيع لا يلازم بساطه المبيع أى المنشأ به فإنّ الانحلال فى المقام نظير انحلال التّكليف بالمركّب الارتباطى بالنّسبه إلى أجزائه و شروطه فردّ الغير لا يضرّ بصحّه بيع مال نفسه غايه الأمر أنّه لو لم يعلم المشترى بكون بعض المبيع مال الغير يثبت له الخيار من جهه تخلّف الشّرط الضّمنى و هذا بخلاف ما إذا كان عالما به فإنّه مع علمه لا معنى لأن يشترط على البائع انضمام بعض الأجزاء إلى الآخر لأنّه شرط غير مقدور

و بالجمله مع العلم لا يصحّ الشرط فلا خيار لا أنّه يسقطه و إنّما الخيار له مع الجهل بناء على ما سيجى ء من أنّ تخلّف الشّروط الضّمنيه و الصّريحه موجب للخيار و على هذا فقد يثبت الخيار للبائع أيضا إذا كان جاهلا بأنّ بعضه مال الغير أو اعتقد كونه مأذونا من قبله لتبعّض

ثم إنّ صحّه البيع فى مفروض المقام مقيّده بما إذا لم يلزم من التّبعيض محذور آخر كلزوم الربا و نحوه من بيع ما لا يقدر على تسليمه و من بيع المجهول فإذا باع دينارا من ماله مع درهم من غيره بدرهمين و دينارين و رد مالك الدّرهم فسد المعامله رأسا لأنّ ما بإزاء ديناره حين التقسيط أزيد من الدينار و الرّباء تفسد المعامله و لو فى باب الغرامات فضلا عن مثل المقام الذى يكشف الردّ عن وقوع المعامله الرّبويه من أوّل الأمر و حكم الرّباء فى المعاملات حكم القياس فى الأحكام و الرّياء فى العبادات

و إذا باع عبده الآبق مع ضميمه من مال غيره فلو ردّ الغير يقع العبد مبيعا بلا ضميمه فيفسد و إذا باع الموصى له العبدين اللّذين أوصى الميّت بكون أحدهما له بعد الموت فردّ الورثه يلزم كون المبيع مبهما

و بالجمله كلّ شرط اعتبر فى المعامله استمراره من أوّل وقوع العقد إلى حين التّقسيط لو فقد يوجب بطلان المعامله و أمّا لو لم يعتبر استمراره بل كفى وجوده حين التّسليم أو حين العقد فالمدار وجوده على نحو ما اعتبر و لا ينبغى الإشكال فى أنّ المدار فى اعتبار العلم فى العوضين كونهما معلومين حين العقد فلا يضرّ الجهل حين الردّ فلو باع عبدين فلا فرق فى الصّحه بين أن يكون عبده معلوما و ضمّه إلى عبد غيره المعلوم أو المجهول و أن يكون عبده مجهولا ـ و ضمّه إلى عبد غيره المعلوم أو

المجهول لأنّ العبدين معلومان من حيث المعاوضه و إن كان مال نفس

البائع مجهولا- فى مثل الوصيّه قبل تعيين الموصى به فإنّ الجهل بعين المال لا يضرّ فى مقام التّقسيط لأنّ المشترى يقوم مقام الموصى له فكما كان له أحد العبدين اللّذين يعين أحدهما بالقرعه أو بتعيين الورثه أو غيرهم ممّن ينفذ تعيينه كان لمشترى أحدهما ذلك أيضا

و بالجمله لو كان مدار الصّحه على معلوميّه ما وقع عليه البيع فالمبيع فى كلتا الصّورتين معلوم لأنّ البيع وقع على مجموع العبدين و هما معلومان و ثمنهما أيضا معلوم و حين التّوزيع أيضا يعين المبيع و يتبيّن مقدار ما وقع من الثّمن بإزائه و لا دليل على اعتبار استمرار العلم من حين البيع إلى زمان تسليم المبيع إلى المشترى

و كيف كان سواء قلنا باعتبار الشّروط دائما أم حين البيع أم حين التّسليم فليس بيع المال الزّكوى قبل إخراج نصابه من مسأله بيع مال نفسه مع مال غيره و لو قلنا باشتراك الفقراء مع من عليه النصاب فى المال الزّكوى لأنّ ولايه الإخراج على أىّ حال لمن عليه الزكاه فردّ الفقراء لا يؤثر فى البطلان إلّا إذا ماطل المالك فى إخراجها فللسّاعى أن يتبع مقدار الزّكاه أينما وجده فإذا أخذه من المشترى فله استرجاع الثّمن بالنّسبه

ثم إنّ مقتضى مقابله مجموع المبيع بمجموع الثّمن أن يفرّق الثمن على أجزاء المبيع بقيمتها الواقعيّه فيرد على المشترى ما يقابل مال الغير و طريق التّوزيع فى القيمى غير طريقه فى المثلى أمّا فى القيميّ فيظهر من مجموع الكلمات أنّه على أنحاء ثلاثه الأوّل ما اختاره المصنف تبعا للإرشاد و هو أن يقوم كلّ منهما منفردا فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين فإذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير و قوم مال الغير بأربع دنانير و مال البائع بدينارين فيرجع المشترى بثلثى الثّمن الثّانى ما يظهر من الشّرائع و اللّمعه و هو أن يلاحظ قيمه المجموع ثم يقوّم أحدهما ثم تنسب قيمته إلى قيمه المجموع الثالث ما اختاره السيّد الطباطبائى فى حاشيته و هو أن يقوّم كلّ منهما منفردا لكن بملاحظه حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين

و لا يخفى أنّ طريق التوزيع فى الصّور المتعارفه هو ما ذكره المصنف و توضيح ذلك أن هيئه الاجتماع قد لا توجب زياده فى قيمه كلّ من المالين و لا نقيصه فيها و هو الأغلب و على هذا ينطبق جميع أنحاء التّقويم لأنّه إذا ضم عبد غيره إلى عبده و باعهما اثنى عشر دينارا فسواء قوّم كل منهما منفردا و نسب إلى مجموع القيمتين و أخذ لكل واحد جزء نسبته إلى الثّمن كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين أم لوحظ قيمه المجموع ثم قوم أحدهما ثم نسب قيمته إلى قيمه المجموع و سواء على الأوّل قوّم كلّ منهما منفردا بملاحظه حال الانضمام أو حال الانفراد لا- يتفاوت الصّور فى الأثر لأنّ المفروض أنّ انضمام عبد إلى عبد لا يوجب زياده و لا نقيصه بالنسبه إلى قيمه كلّ منهما منفردا

و على هذه الصّوره المتعارفه يمكن حمل عباره الشّرائع و اللّمعه و نحوهما و قد توجب زياده فى قيمه كل منهما كمصراعى الباب و فردتى الخفّ و قد توجب نقصا فى كلّ منهما كضم جاريه مع أمّها و هاتان الصّورتان أيضا كثيرتان إذا صارت هيئه الاجتماع موجبه للزّياده أو النّقصان بالسّويه و هنا صور نادره و هى ما إذا صارت هيئه الاجتماع موجبه لزياده قيمه أحدهما دون الآخر أو موجبه لزياده قيمه أحدهما و نقص الآخر ثم فيما إذا صارت موجبه لزياده قيمه كلّ منهما أو لنقيصه كلّ منهما قد

توجبهما كذلك بالسويّه و قد

توجبهما كذلك بالاختلاف

و على أىّ حال لا ينطبق كيفيّه تقسيط ظاهر الشرائع و اللّمعه إلّا على ما لا يوجب الضّم نقصا و لا زياده و لا ينطبق كيفيه تقسيط المصنف إلّا على ما يوجب الضّم زياده أو نقيصه فى كل منهما بالسويّه و إنّما لا ينطبق على صور الاختلاف و لم يزد قيدا فى الكلام حتّى يشملها أيضا لخروجها عن الصّور المتعارفه و ندرتها جدّا فتدبّر جيّدا

و أمّا فى المثلى فقوله قدّس سرّه فى كيفيّه التّقسيط فيه لا يصحّ بإطلاقه لا فى المشاع و لا فى المفروز لإمكان أن يكون المثلىّ مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمه حصّه كلّ منهما بتفاوت الحصّتين فى المقدار كان يكون لأحدهما تسعه أمنان من الحنطه و للآخر منّ و ليس دائما قيمه من واحد تسعا لتسعه أمنان و إن كان كلّ منهما فى الجوده و الرّداءه مثل الآخر كما هو المفروض على الإشاعه و لإمكان أن يكون المثلى مفروزا و يكون مع ذلك كلّ من النّصيبين من كومه واحده و صبره خاصّه فيجب أن يقابل كلّ من حصّتى البائع و المشترى بما يخصّه من الثّمن فيكون كالمثلىّ المشاع لا- كالقيمىّ و لعلّ قوله فافهم إشاره إلى ذلك

[مسأله لو باع من له نصف الدّار نصف تلك الدّار]

قوله قدّس سرّه مسأله لو باع من له نصف الدّار نصف ملك الدّار

لا يخفى أنّ ظاهر العنوان اختصاص مورد البحث بما إذا علم بأنّ البائع لم يقصد من قوله بعتك نصف الدّار إلّا مفهوم هذا اللّفظ و أمّا لو علم بأنّه أراد من النّصف شيئا معيّنا من نصفه المختص أو نصف غيره أو النّصف المشاع فى الحصّتين و اشتبه المراد فخارج عن موضوع البحث مع أنّه لا شبهه فى تعميم النّزاع لأنّه إذا حمل النّصف على الإشاعه أو على النّصف المختص فيما إذا علم بأنّه لم يقصد من قوله بعتك نصف الدّار إلّا مفهوم هذا اللّفظ إجمالا و هو ما ارتكز فى أذهان النّاس فليحمل على هذا أو ذاك فيما علم أنّه أراد شيئا معيّنا و اشتبه المراد لأنّ الظّهورات النوعيّه و المرتكزات الذهنيّه طرق لإحراز المراد فلا فرق بين الصّورتين

بل يظهر عن بعض أنّ موضوع البحث هو الصوره الثّانيه و أمّا إذا لم يقصد إلّا مفهوم هذا اللّفظ فيكون باطلا لعدم تعيين المبيع و لكنّك خبير بأن الجهل هنا لا يتطرّق إلى المبيع بل إلى المالك و قد تقدّم أنّه لا يضرّ الجهل به

و كيف كان الظّاهر تعميم موضوع البحث و الظّهورات اللّفظيّه متبعه فى كلا- المقامين و لذا يتمسّك بظاهر عبائر الأسناد المعموله للوصيّه و الوقف و نحو ذلك ثم هل يختصّ موضوع البحث بما إذا كان نصيبه مشاعا فى مجموع الدّار و أمّا فى صوره الإفراز فيحمل النّصف على نصف المجموع أو يعمّ الصّورتين ثم هل يختصّ النزاع بما إذا كان البائع أجنبيّا بالنّسبه إلى النّصف الآخر بحيث لو تعلّق قصد بيعه بنصيب الآخر أو بنصف نصيبه أو حمل اللّفظ عليهما فى صوره عدم القصد كان البيع فضوليا أو يعمّ ما إذا كان وليّا أو وكيلا فى نصيب الآخر سيجى ء فى طىّ المبحث أنّ بعض الوجوه و إن لم يجر على هذين الفرضين إلّا

أنّه يجرى فيهما بعض آخر

فالأقوى تعميم النزاع من الجهات الثّلاث فلو كان الدّار مشاعه و كان البائع أجنبيا فالأقوى فى كلا المقامين حمل النّصف على نصفه المختص لا على الإشاعه و لا على خصوص نصف الشّريك أمّا عدم حمله على تمام نصيب الشّريك فلأنّه مفروغ عنه فى المقام لأنّ قصد الغير يتوقّف على مئونه و ليس هنا ما يدلّ على نصيب الغير فيبقى فى المقام الوجهان الأوّلان أوّلهما حمله

على نصفه المختصّ للوجهين المذكورين فى المتن الأوّل ظهور الفعل أى التصرّف فى التصرّف فيما يملكه و يختصّ به و الثّانى ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه فإنّ مال الغير إذا كان متعيّنا فى الخارج فصحّه بيعه لا يتوقّف على تعيين مالكه و أمّا فى المقام و بيع الكلّى فى الـذمّه فلو لم يعين الغير حمـل على ملك نفس البائع و لا يعارض هـذين الظهورين ظهور لفظ النّصف فى الإشاعه لأنّه ظهور إطلاقىّ ينشأ من انتفـاء ما يوجب التّعيين فإذا قامت قرينه على التّعيين و هى هـذان الظّهوران ارتفع موضوعه كما هو الشّأن فى ارتفاع موضوع كل محكوم بالدّليل الحاكم هذا هو الوجه الأوّل

و أمّا الثّانى فهو حمل النّصف على الإشاعه كما أفاده فى المتن و يكون هـذا معارضا لظهور الفعل فى تمليك مال نفسه و ظهور إنشـاء البيع فى البيع لنفسه و يقـدم عليهمـا لقرينيّته عليهمـا لكون ظهور النّصف فى الإشاعه من باب ظهور القيـد كما سيظهر منه فيما إذا كان البائع وكيلا أو وليا

و لكنّك خبير بأن ظهور النّصف فى الإشاعه ليس إلّا من جهه انتفاء ما يوجب التّعيين فيرتفع بأدنى ظهور على خلافه و هو ظهور مجمـوع الكلاـم فى النّصـف المختصّ و بـالجمله فـالحقّ أنّ النّصف ليس ظـاهر فى الإشـاعه لاـ من حيث الوضع و لاـ من حيث الانصـراف و إنّما يحمـل عليهـا فى بـاب الإقرار و نحوه من جهه انتفاء ما يوجب التّعيين فإذا وجـد قرينه على التّعيين فلا موجب للحمل عليها و ليست القرينه كون الفعل و هو لفظ بعت ظاهرا فى البيع لنفسه بل مجموع الجمله و هو ظهور واحد

فلا يقال إن ظهور المتعلّق و هو النّصف يصلح قرينه على الفعل كما أن ظهور أحد فى قوله لا تضرب أحدا فى الأحياء قرينه على أنّ المراد من الضرب هو الضرب المولم فإنّ هذا مضافا إلى عدم كونه مطّردا لإمكان أن يكون الفعل قرينه على المتعلّق كما فى قـوله ع لاـ تنقض اليقين بالشـكّ فـإنّ ظهـور النّقض فى تعلّقه بـأمر مـبرم و هو مورد الشـكّ فى الرافع أقوى من ظهور اليقين فى الأـعمّ و لـذا لاـ نقول بحجيّه الاستصـحاب فى الشـكّ فى المقتضـى يرد عليه أنّ القرينه على التعيين مجموع الجمله لاـ خصوص الفعـل بمعنـاه اللّغوى و لاـ إنشاء البيع منضـمّا إليه و على هـذا فلا فرق فى لزوم العمل على ظهور الجمله بين وجود لفظ النّصـف كما فى المقام و عدمه كما لو قال بعت غانما و كان غانم مشتركا بين عبده و عبد غيره

فقياس فخر المحقّقين المقام على مسأله العبـد فى محلّه لأنّ المـدّعى مشترك مع مسأله العبـد من الجهه الّتى ندّعيها فبناء عليه لو كـان البـائع أجنبيّا و كـان نصف كـلّ منهمـا مفروزا فليحمـل على نصـفه المختصّ لأـنّه نظير مسأله العبـد و مجرّد إمكان انطباق النّصف على ملك الأجنبى لا يوجب أن يتردّد الأمر بين أحد النّصفين و هذا واضح

و أمّا لو كان البائع وكيلا أو وليّا فى النّصف الآخر فيظهر من المصنف قدّس سرّه أنّ فى كونه كالأجنبى وجهان و مراده من أحد الـوجهين كون الشّـريك للموكـل أو المولى عليه كالأـجنبى فى جريـان الاحتمـالين و فيه من الآـخر تعيّن الإشـاعه لأـنّه لو كـان المعارض لظهور النّصف فى الإشاعه ظهور النّصف فى مقام التصـرّف فى النّصف المختص و ظهور البيع من حيث الإنشاء أيضـا فى النّصف المختص أو كـان المعـارض خصوص الأخير يكون الولى أو الوكيل كالأجنبى فى جريان الاحتمالين فيهما لأنّه و إن كان قد تصرّف فيما له الولايه فيه إلّا أن ظهور البيع فى البيع للنّفس يكفى للمعارضه

و أما لو كان المعارض لظهور النّصف فى الإشاعه خصوص ظهور التصـرّف فيما له التصرّف فيه فيتعيّن الإشاعه فيهما لأنّ الوكيل أو الولىّ قد تصرف فيما له التصرّف فيه

قوله قدّس سرّه الأقوى هو الأوّل إلى آخره

يعنى الأقوى أنّ المعارض لظهور النّصف فى الإشاعه هو الظّهور الأوّل لا كلاهما و لا الثانى فيتعيّن الاشتراك هنا لأنّ المعارض الأوّل لا يعارض فى المقام و المعارض الثّانى غير قابل للمعارضه إمّا لأنّ ظهور البيع فى البيع للنفس يكون من باب الإطلاق فيكون ظهور النصف فى النّصف المشاع مقيدا له و إن كان ظهوره فى المشاع أيضا من باب الإطلاق لحكومه إطلاق النّصف فى النّصف المشاع على إطلاق البيع فى البيع للنّفس و ليس هنا إطلاق حاكم أو وارد على ظهور النّصف فى النّصف المشاع

و ما ذكره الشّهيد الثّانى من عدم قصد الفضولى مدلول اللّفظ و إن كان مرجعه إلى ظهور حاكم على ظهور النّصف فى النّصف المشاع لأنّ حاصل كلامه أنّه لو حمل على الإشاعه كان البائع فضوليا و الفضولى غير قاصد للمدلول و عدم قصد المدلول خلاف ظاهر كلام المتكلّم فيحمل على الأصاله حتى لا يلزم خلاف ظاهر كلام المتكلّم إلّا أن كلامه لا يجرى فى مفروض المقام من كون البائع وليّا أو وكيلا لأنّ القصد موجود فيهما

و بالجمله ظهور النّصف فى الإشاعه يقيّد إطلاق البيع لكونه صالحا للتّقييد و إمّا لأنّ ظهور البيع فى البيع للنّفس من باب ظهور الفعل و ظهور النّصف فى النّصف المشاع من باب ظهور المتعلّق و ظهور المتعلّق يصلح للقرينيّه على الفعل هذا غايه توجيه ما اختاره قدّس سرّه و قد ظهر ممّا تقدّم أنّ الأمر بالعكس و أنّ ظهور البيع فى البيع للنفس مقدّم على ظهور النّصف فى النّصف المشاع و قد تقدّم أنّ كلا من الفعل و المتعلّق صالحان للقرينيّه على الآخر و لم يحرز قرينيّه المتعلّق للفعل كإحراز قرينيّه يرمى للأسد حتى يقال بحكومه أصاله الظّهور فى طرف القرينه على أصاله الظّهور فى ذى القرينه

ثم إنّ هذا كلّه مبنى على ظهور النّصف فى النّصف المشاع و لكنّه قدّس سرّه رجع عنه ثانيا

فقال إلّا أن يمنع ظهور النّصف إلّا فى النّصف المشاع فى المجموع و أمّا ملاحظه حقى المالكين و إراده الإشاعه فى الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومه إلى آخره

و حاصله أنّ النّصف و إن كان ظاهرا فى الإشاعه إلّا أن الإشاعه لا تقتضى الإشاعه فى الحصّتين حتى يكون المبيع ربعا من حصّه نفسه و ربعا من غيره بل مقتضى الإضافه إلى الدّار هى الإشاعه بالنّسبه إلى المضاف إليه لأنّ الإشاعه فى المضاف تابعه للمقصود من المضاف إليه و المفروض أنّه لم يعلم قصد البائع أو لم يقصد إلّا مفهوم هذا اللفظ أى بعت نصف الدّار فالمضاف إليه هو العين الخارجيّه و النّصف المشاع منها ينطبق على حصّه البائع لأنه مالك لكلّ نصف فرض من الدّار على ما هو معنى الإشاعه و المالك للكلّى مالك لمصداقه أيضا فهو كما لو باع منّا من الحنطه من دون إضافتها إلى ذمّه فإنّه يقع فى ذمّته و لو كان وكيلا فى بيع هذا المقدار فضلا عمّا لو كان أجنبيّا

و توهّم أن معنى الإشاعه أن يكون كلّ من الشّريكين شريكا فى كلّ جزء جزء بحيث لو كان كلّ جزء قابلا لأن يتجزّى إلى ما لا نهـايه له لكان كلّ منهما مالكين له كـذلك فنصف الـدّار على الإشاعه يقتضـى تعلّق البيع بكلّ جزء على الإشاعه فاسـد مع قطع النّظر عن أنّ قابليّه كلّ جزء للتّجزيه إلى ما لا نهايه له يلزم حصـر ما لا نهايه له بين حاصـرين إنّ الشّركه على نحو الإشاعه ليست إلّا

بمعنى أن كلّ نصف فرض من هذا الدّار و لو كان بمقدار غير محصور يكون لهذا الشّريك لا أنّ كلّا منهما فى الكلّ شريكان فى كلّ جزء و سيجى ء توضيح ذلك إن شاء اللّه تعالى فى بيع الصّاع من الصّبره

و حاصل الكلام أنّه لا فرق بين كون البائع أجنبيّا عن النّصف الآخر و كونه وليّا أو وكيلا فى ظهور مجموع الفعل و متعلّقه فى النّصف المختصّ و ظهور النّصف فى الإشاعه لا ينافى ذلك فإنّ الإشاعه فيما أضيف إليه لفظ النّصف و هو الدّار قابله لأن ينطبق عليها النّصف المختص و هذا هو الصّحيح لا ما أفاده المصنف قبل ذلك

و العجب منه قدّس سرّه كيف جعل المعارض للإشاعه فى مجموع حقّى المالكين أحد الظّهورين و من هنا فرق بين كونه أجنبيّا و كونه وكيلا أو وليا مع ما فيه أوّلا أنّ الظّهور فى الإشاعه لا ينافى الحمل على النّصف المختصّ و ثانيا إذا كان الظّهوران المخالفان لظهور النّصف فى الإشاعه فى مجموع حقّى المالكين متوافقين فلا وجه لجعل المعارض له تاره أحدهما و أخرى الآخر منهما

ثم إنّه لا ينافى الحمل على النّصف المختص فى المقام الحمل على الإشاعه فى الإقرار فإن باب الإقرار لم يعلم بكون القائل بأنّ نصف الدار لزيد مقرّ أو شاهد فيحمل على مجموع الحصّتين لإضافه النّصف إلى الدار و ظاهر الإضافه أن زيدا مالك لنصف ما بيد المقر و نصف ما بيد الآخر لا مجموع ما فى يد القائل و لذا قيل بالفرق بين ما لو قال بأنّى مقرّ بأنّ نصف الدار لزيد و ما لو قال بأن نصف الدار لزيد فيحمل النّصف على الأوّل على تمام النّصف الّذى فى يد المقر لظهور لفظ أنا مقر فى ذلك دونه على الثّانى فإنه يحمل على نصف ما فى يده و هو ربع الدار و نصف ما فى يد الآخر

قوله قدّس سرّه و لعلّه لما ذكرنا ذكر جماعه إلى آخره

أى لما ذكرنا من عدم التّنافى بين ظهور النّصف فى الإشاعه و انطباق المبيع على نصفه المختص من باب أنّه من ملك كليّا ملك مصداقه ذكر جماعه أنّه لو أصدق المرأه عينا فوهبت نصفها المشاع من الزّوج قبل الطّلاق استحقّ النّصف الباقى بالطّلاق لا نصف الباقى و قيمه النّصف الموهوب

و لا وجه لهذا الفتوى إلّا من جهه صدق النّصف على الباقى فقول اللّه سبحانه فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ ينطبق على النّصف الباقى و تمليك الزّوجه الزّوج نصف الصّداق ينطبق على النّصف الآخر من العين من باب أنّه من ملك كليّا ملك مصداقه لأنّها مالكه لمصداق النّصف و لا يخفى أنّ وجه التّنظير بباب الطّلاق منحصر فى هذا الوجه لا ما ذكر أولا فى حاشيه السيّد قدّس سرّه فراجع

قوله قدّس سرّه لكنّ الظّاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه إلى آخره

لما احتمل كون الحكم بالنّصف الباقى من العين للزّوج فى باب الطّلاق من باب تساوى ربع الباقى للمرأه من الموجود مع الربع التّالف نظير دفع المقترض نفس العين الّتى اقترضها إلى المقرض لا من باب أنّه من ملك كليّا ملك مصداقه فأجاب عنه بأن حكمهم باستحقاق الزّوج النّصف الباقى ليس نظير دفع المقترض نفس العين المقترضه إلى المقرض مع كونها قيميّه من باب

تساوى العين القيميّه مع قيمتها و إلّا وجب الفتوى بجواز إعطاء المرأه للزّوج النّصف الباقى و جواز إعطائها له نصف الباقى و نصف التّالف كجواز ردّ المقترض نفس العين و قيمتها مع أنّهم أفتوا باستحقاقه خصوص النّصف الباقى و علّلوا استحقاقه له ببقاء مقدار حقّه

قوله قدّس سرّه فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام إلى آخره

لا يخفى أنّه قدّس سرّه بعد أن ذكر أنّ القائلين باستحقاق الزّوج النّصف الباقى ما أرادوا هذا التوجيه و هو قياسه

على القرض فيسأل عنه وجه المنافاه فإنّ الحكم بالنّصف المختصّ فى البيع و الصّداق من باب واحد و لا فرق بينهما إلّا أن يكون مراده قدّس سرّه أنّه بعد إمكان التّوجيه فى قولهم بالاختصاص بالنّصف الباقى فى مسأله الصداق بحمل المسأله على مسأله القرض أى مع كون ظاهر النّصف فى هبه الصّداق هو النّصف المشاع و مع ذلك أفتوا بالمختصّ فإنّما هو لقياسه على مسأله القرض لا لظهور نفس النّصف فى النّصف المختصّ فيصير مسأله هبه الصداق منافيا لما ذكرنا من ظهور النّصف فى مسأله البيع فى النّصف المختص و لذا عبّر عن المنافاه بين البابين بقوله فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام الّذى يرجع حاصله إلى أنّه مع إمكان هذا التّوجيه فى باب هبه الصّداق و إن كان بعيدا يقع التّنافى بينه و بين ما ذكرنا فى مسأله البيع من ظهور النّصف فى النّصف المختص

أو يكون مراده أنّ الاتّفاق فى مسأله الطّلاق على الحمل على النّصف المختصّ ينافى الاختلاف فى مسأله البيع إلّا أنّه ينافى هذا الاحتمال

قوله قدّس سرّه و نظيره فى ظهور المنافاه لما هنا ما ذكروه فى باب الصّلح إلى آخره

لأنّه لو كان مراده هذا التّوجيه الأخير و هو التّنافى بين الاتّفاق فى مسأله الطّلاق مع الاختلاف فى مسأله البيع لم يكن الصّلح نظيرا للطّلاق بل كان منافيا له بناء على ما هو ظاهر العباره من أنّ ضمير نظيره يرجع إلى الطّلاق و المشار إليه بقوله هنا هو مسأله الطّلاق

نعم لو رجع ضمير نظيره إلى البيع و كان المشار إليه بقوله لما هنا مسأله الطّلاق لم يكن هذا التّوجيه منافيا مع هذه العباره و استقام المطلب و تمّ المقصود لأن مفاد مجموع الكلام يصير هكذا لكنّ الظّاهر أنّ الأصحاب لم يريدوا فى مسأله الطّلاق هذا الوجه بل أرادوا ظهور النّصف فى حدّ ذاته فى النّصف المختص فينافى دعوى الظّهور فى الاختصاص اتّفاقا فى الصّداق مع دعوى بعضهم ظهور النّصف فى الإشاعه فى مسأله البيع

و نظير تنافى الدّعويين ظهور الصّلح فى الإشاعه أى كما أنّ ظهور لفظ النّصف فى الإشاعه فى مسأله البيع ينافى دعوى الاختصاص فى مسأله الطلاق فكذلك ظهور النّصف فى الإشاعه فى باب الصّلح ينافى دعوى الاختصاص فى باب الطّلاق إلّا أنّه خلاف ظاهر العباره كما لا يخفى

و كيف كان فلا يخفى أنّ الحمل على الإشاعه على القول به فى باب الصّلح ليس لظهور النّصف فى حدّ ذاته فيها بل لأنّ المدّعى الّذى صالح مع المنكر الّذى أقرّ له هو يعترف بأنّ المقرّ به مشترك بينه و بين المدّعى الآخر فإذا صالح المقرّ له على ذلك المقرّ به مع من بيده المقر به الّذى هو منكر بالنّسبه إلى المدّعى الآخر فنفوذ صلحه فى جميع المقرّ به يتوقّف على إجازه المدّعى الآخر الّذى هو باعتراف المقر له شريك معه و لذا لا نحمل على الإشاعه لو صالح المقرّ له قبل الإقرار نصفه أو صالح بعد الإقرار حقّه الواقعى بل ينصرف صلحه إلى نصفه المختصّ

و بالجمله الظّاهر أنّ مسأله الصّلح و كذلك مسأله الإقرار بالنّسب و كذلك الإقرار بالدّين لا ينزل على الإشاعه إلّا أن يقوم دليل

تعبـدیّ أو قرينه خارجيّه كإقرار المقرّ له بالشّـركه فالأولى فى تنقيح المسأله إذا كانت الدار مشتركه بين الاثنين بنحو الإشاعه أن يقال تاره يقع الكسر المشاع فى كلام أحد المالكين فى مقام التصرّف كالبيع و الصّلح و نحوهما فيجب أن تحمل على المختصّ لأنّ ظهورهـا فى الإشاعه فى مجموع الحصّتين على القول به و عـدم ظهورها فى الإشاعه فى المضاف إليه القابل لأن ينطبق على حصّه المتكلّم لمكان أنّه من ملك كليّا ملك مصداقه إنّما هو لأجل الإطلاق و عدم ما يوجب تعيينه فى المختصّ

أو المشترک فإذا وجد موجب التّعيين ككون المتكلّم فى مقام البيع و سائر أنحاء النّقل من الصّلح أو الهبه مع فرض كونه مالكا لما باعه فليحمل على ملكه و إن كان وليا أو وكيلا فى الكسر المشاع الآخر فضلا عمّا كان أجنبيا لأنّ وقوعه من الموكل أو المولى عليه يحتاج إلى مئونه زائده و هى قصده عنه و أمّا لو علم عدم قصده عنه كما فى مفروض المقام أو احتمل كما لو قصد معنيا و اشتبه المراد فليحمل على ما هو ظاهر فعله و هو تصرّفه فى ملكه عن نفسه

و أخرى يقع الكسر فى كلام غير المالكين كما لو باع الفضولى نصف الدّار المشتركه بين الاثنين على نحو الإشاعه فيجب أن يحمل على الإشاعه لأنّه لا موجب لحمل البيع على تمام حقّ أحد الشّريكين و ثالثه يقع فى مقام الإقرار كما لو أقرّ من كان شريكا مع غيره فى دار بأنّ نصف هذا الدّار لزيد فليحمل هنا أيضا على الإشاعه لأن مرجع كلامه إلى أنّ ربع ما فى يدى و ربع ما فى يد شريكى لزيد و ذلک لعدم ما يوجب صرف لفظ النّصف عن الإشاعه و جعل تمام حقّ زيد ما فى يد المقر لأنّ إخباره بأنّ نصف الدار لزيد يتضمّن أمران إقرار على النّفس فيسمع و شهاده على غيره فموقوف على شرائط البيّنه

نعم لو وجد ما يوجب التعيين حمل على الاختصاص كما فى كلام كاشف الغطاء على ما حكى عنه بأنه لو قال أنا مقرّ بأن نصف هذا الدّار لزيد فيحمل على نصفه المختص بخلاف ما لو قال نصف هذا لزيد فإنّه يحمل على الإشاعه فعلى هذا الإقرار الّذى لم يتضمّن للشّهاده محمول على الاختصاص أيضا كالحمل عليه فى البيع و الصّلح و الهبه و إنّما حملوا صلح المقرّ له مع المقرّ على الإشاعه مع أنّ نفس الصّلح لا يقتضى ذلک لاقتضاء إقرار المقر له بأنّ المدّعى الآخر شريک معه فى العين الّتى بيد المقرّ أو لحكم الشّارع بأن ما حصل لهما و ما توى كذلک بناء على شمول الرّوايه للمقام

و بالجمله مقتضى الصّلح هو الاختصاص كما فى الصّلح فى غير مورد الترافع و إنّما يحمل فى مورد الترافع على الإشاعه إمّا من باب التعبّد أو من باب أنّ من بيده العين لا يقرّ للمقرّ له إلّا ما يدعيه و ما يدّعيه بإقراره مشترک ففى مقام الصّلح كأنّه يصالح ربع ماله لأنّه نصف المقرّ به و لذا قلنا إنّه يحمل على الاختصاص لو وقع الصّلح على حقّه الواقعى أو على نصف الدار قبل الإقرار

فتفصيل صاحب المسالک فى غير محلّه لأنّ فى مفروض القوم لا يقبل غير الإشاعه لأنّه لا يمكن حمل الصّلح على النّصف المختصّ و إلّا يلزم إقرار المقرّ للمقرّ له بثلاثه أرباع الدّار نصفه من جهه الإقرار و ربعه من جهه الصّلح مع أنّ المقر لم يعترف له إلّا بما يدّعيه و لا يقع عقد الصّلح منهما إلّا عليه

قوله قدّس سرّه و لذا أفتوا ظاهرا على أنّه لو أقرّ أحد الشّريكين الثّابت يد كلّ منهما على نصف العين بأنّ ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع فى النّصيبين إلى آخره

لا يخفى أنّ حمل الثلث على الإشاعه فيما إذا كان كلام من بيده النّصف مجرّدا عن القرينه على الاختصاص أو الإشاعه ينافى

قوله فلو كذّبه الشّريک الآخر دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما فى يده

لأنّ من بيده العين إذا أقرّ لشريک ثالث و أنّ ثلث العين له فمعنى كلامه ليس إلّا أنّ ما زاد عن حقى من العين هو للثّالث و لم

يقرّ بأن نصف ما فى يـده له فإنّه خلاف الإشاعه لأنّ معنى الإشاعه أنّ الثّلث الّذى هو للشـريک الثّالث نصـفه و هو السدس على الشـريك الآخر و السـدس علىّ و مسأله أن كلّ ما حصل لهما و كل ما توى كـذلک لا يرتبط بالمقام فإن هـذه المسأله تعبّدیّه صرفه دلّت عليها الأخبار

ففى الوسائل فى كتاب الدّين عن سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقتسما بالسويّه ما كان فى أيديهما و ما كان غائبا عنهما فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائبا و استوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله

و فيه فى كتاب الضّمان عن علىّ عليه السّلام فى رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب عنهما فاقتسما الّذى بأيديهما و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما و لم يقبض الآخر قال ما قبض أحدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما و فيه فى كتاب الشّركه عن عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السّلام قال سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين فاقتسما العين و الدّين فتوى الّذى كان لأحدهما من الدّين أو بعضه و خرج الّذى للآخر أ يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله

و لا يخفى أنّ مفاد هذه الأخبار أنّ قسمه الدّين لا تصحّ قبل القبض و أنّ نيّه المديون بكون ما يدفعه إلى أحد الشّريكين مختصّا به لا تؤثر فى الاختصاص و هذا لا ربط له بالمقام و على فرض التعدّى عن مورد الدّين إلى العين فإنّما يصحّ التعدّى فيما إذا كانت العين المشتركه فى يد الثّالث و أقرّ لأحدهما بنصفها و أنكر كون نصفها الآخر للآخر فحيث إنّ المدّعيين يقرّان بالشّركه فمقتضى الإقرار أن يكون ما حصل لهما و ما توى عليهما و أين هذا ممّا إذا أقرّ أحد الشّريكين بشريك ثالث و أنكر الآخر فإنّه لا وجه لتنصيف المقرّ نصف العين الّتى فى يده من باب أنّه ما توى عليهما

و بالجمله لو لا إقرار كل واحد من الشّريكين المدّعيين للعين الّتى بيد الثّالث بالشركه لم يقتض إقرار من بيده العين لأحدهما التّنصيف بينهما فلا يمكن قياس ما إذا كان العين بيد الشّريكين و أقرّ أحدهما لثالث على تلك المسأله فإنّ فى مسأله المدّعيين نفس إقرار المقر له بالشّركه تقتضى الاشتراك لأنّه بإقراره بأنّ المال مشترك يكذب من بيده العين المقرّ لأحدهما فى تمام النّصف و يصدقه فى نصف النّصف فما يحصل لهما و ما توى عليهما

و أمّا فى مسأله الإقرار بالثّالث فلا تحصيل حتى يكون مورد قوله ع ما قبض أحدهما فهو بينهما و لا يكون مورد دليل آخر أيضا فلا وجه لحصول النّقص على المقرّ و المقرّ له لأنّ إقرار المقرّ لا يقتضى إلّا الإشاعه و معناها أنّ الزّائد عن حقّى للثّالث و لا يقرّ بأنّ المنكر غاصب لحقّنا على السويّه حتّى يجب عليه دفع نصف ما فى يده

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ حكم مسأله الإقرار بالنّسب حكم مسأله الإقرار بالشّركه من غير جهه الإرث فى أنّ أحد الوارثين لو أقرّ بوارث آخر يدفع إليه الزّائد عمّا يستحقّه لا نصف ما فى يده و انكشاف الواقع و العلم بصدق المقرّ لا ينافى ما ذكرنا بل يؤيّده لأنّ الواقع مطابق لما ذكرنا من عدم وجوب دفعه إلى المقرّ له إلّا الزّائد عمّا يستحقّه فإنّ بانكشاف الواقع يعلم أنّ الوارث ثلاثه و يستحقّ كل واحد منهم ثلث المال فيجب على المقرّ دفع السدس و على المنكر دفع السّدس الآخر و يتمّ بمجموع السّدسين حقّ المقرّ له و هو الثلث

و لذا لو فرضنا أن الشّركاء كانوا أولا ثلاثه و أخرج اثنان منهما واحد من الدّار فكلّ واحد من الاثنين فى الواقع متصرّف فى نصف الدّار على الإشاعه و يد كلّ منهما على نصفها فإذا أقرّ واحد منهم بأنّ الدّار مشتركه أثلاثا فهو لا يقرّ إلّا بأنّ ثلث الدار فى

يد اثنين و مرجعه إلى أنّ سدسها تحت تصرّفه و لا وجه لحمل إقراره على نصف ما في يده و لا يقتضي الإشاعه ذلك

و ما ذکرناه لا یتوقّف علی صحّه تقسیم الغاصب مع الشّریک کما هو واضح مع أنّه یکفی لصحّته تعلّق الغصب بالمشاع و تعلّقه به لا إشکال فیه بحیث إنّه یتمحّض الغصب فی حقّ أحد الشریکین مع إشاعه المال بینهما و ذلک کما إذا استأجر أحد دارا من شریکین و أعطی نصف الأجره لأحدهما و أنکر أنّ الدّار بینهما نصفان و منعه من الآخر فإنّ المعطی به هنا نصیب للمعطی له و الأخبار الدالّه علی أنّ ما توی علیهما و ما حصل لهما لا تشمل المقام و کما إذا أخرج غاصب أحد الشّریکین من الدّار و استأجر نصفها المشاع من الآخر أو سکن معه فإنّ المؤجر إذا استوفی الأجره لا یشترک معه الشّریک الآخر و هکذا لو سکن أحدهما مع الغاصب سکن فی نصیبه

نعم مجرّد نیّه الغاصب بأن ما یأخذه نصیب أحدهما لا تؤثّر فی تعلّق الغصب بحق أحدهما کما لو غصب صاعا من صبره مشترکه و قصد کون الصّاع من أحدهما فإنّ الغصب لا محاله یتعلّق بحقّهما و التّالف محسوب علیهما و کما لو تصرّف فی بیت من الدّار المشاع أو الشرقیّ منها فإنّ الغصب یتعلّق بکلا الحقّین

و کیف کان فالأقوی أنّه و لو لم نقل بصحّه تقسیم الغاصب إلّا أنه لا إشکال فی صحّه التقسیم مع الغاصب فإنّه لو استدعی أحد الشّریکین من الحاکم قسمه الدّار و کان الإشاعه ضررا علیه وجب علی الحاکم إفراز حقّه و جعل الدار نصفین مفروزین بینه و بین الغاصب

و علی أیّ حال سواء قلنا بهذا أم لم نقل به لتوقّف التّقسیم علی رضا الشریک و لیس للغاصب ذلک و لا للحاکم فمسألتنا هذه لا ربط لها بمسأله تقسیم الغاصب بل لا ینبغی الإشکال فی أنّ السدس الآخر للمقرّ له عند المنکر و یختصّ هو به و لا یشترک المقرّ و المقرّ له فیما عنده بل لو قلنا بأنّ الأجره الّتی یأخذها أحد الشّریکین من الغاصب مشترکه بینه و بین شریکه و ما عند الغاصب أیضا مشترکه بینهما إلّا أن مقامنا هذا لا یرتبط بهذه فإنّ الاشتراک فیما یؤخذ من الغاصب لو قیل به فإنّما هو لدعوی شمول الأخبار الوارده فی تقسیم الدّین له و إلّا فلا شبهه فی أنّ تعیین المدیون حق أحد الدیان یوجب التعیّن له و لیس من قبیل العین الخارجی الّتی لیس لغیر الشّریکین تقسیمها

و أمّا فی مقامنا فلیس إقرار أحد الشّریکین بشریک ثالث موجبا لأن یکون ما عند المنکر مشترکا بینه و بین المقرّ له ثم إنّه کما فی العین الخارجی لا تقتضی الشرکه علی نحو الإشاعه أن یکون نصف ما فی ید المقرّ مشترکا بینه و بین المقرّ له فکذلک فی الإقرار بالدّین و النّسب و نحوهما فلو أقرّ أحد الورثه بدین علی أبیه فهو ملزم بمقدار حقّه من الإرث و کذا لو أقرّ بأخ آخر أو أخت له فیلزمه ذلک فی حصّه أی هو مقرّ بما زاد عن حقّه علی فرض ثبوت نسب المقر له واقعا

و علی طبق ما یرتکز فی الذّهن و تقتضیه قاعده الإقرار ورد عن أبی جعفر عن أبیه ع قال قضی علیّ ع فی رجل مات و ترک ورثه فأقرّ أحد الورثه بدین علی أبیه أنّه یلزمه ذلک فی حصّته بقدر ما ورث و لا یکون ذلک فی ماله کلّه و إن أقرّ اثنان من الورثه و کانا عدلین أجیز ذلک علی الورثه و إن لم یکونا عدلین ألزما ذلک فی حصّتهما بقدر ما ورثا و کذلک إن أقرّ بعض الورثه بأخ أو أخت إنّما یلزمه فی حصّته

و نقل الصّدوق بهذا السّند ما هو المرويّ فى المتن ثم قال و فى خبر آخر إن شهد اثنان من الورثه و كانا عدلين أجيز ذلك على الورثه و إن لم يكونا عدلين ألزما ذلك فى حصّتهما و فى الوسائل فى كتاب الإقرار عن أبى عبد اللّه ع فى رجل مات فأقرّ بعض ورثته لرجل بدين قال يلزمه ذلك فى حصّته و فيه فى آخر كتاب الميراث

عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد اللّه ع عن رجل هلك و ترك غلاما مملوكا فشهد بعض الورثه أنّه حرّ فقال تجاز شهادته فى نصيبه و يستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثه

و لا- يخفى ظهور هذه الرّوايات فى أنّ المقرّ بالدّين أو بالأخ أو العتق ملزم بما زاد على نصيبه لا أنّ المال يوزّع على المقرّ و المقرّ له و بعباره أخرى ظاهر قوله ع يلزمه ذلك فى حصّته بقدر ما ورث أنّ الضّرر لا يرد على المقر و أنّه ليس ملزما بما زاد عن حقّه فما أفاده السيّد الطّباطبائى قدّس سرّه فى حاشيته من عدم صراحه الرّوايات فى ذلك و أنها بصدد أنّ ذلك ليس فى تمام المال حتى فى حصّه من لم يعترف بذلك غير مسموع منه

ثمّ ممّا ذكرنا من أوّل المسأله إلى هنا ظهر أنّ حكم المفروز حكم المشاع فى أنّه لو قال بعت نصف الدار يحمل على نصفها المختص به لا- على نصف مجموع الدار بل الحمل على نصف المختصّ فى المفروز أظهر من الحمل عليه فى المشاع لأنه لو كان مقصوده فى المشاع هو الاختصاص كان الأنسب أن يقول بعت حقّى و نحو ذلك

هذا مضافا إلى أنّ الإشاعه فى المضاف إليه تقتضى أن يكون المبيع نصف مجموع الدار و أمّا فى المفروز فنفس الإفراز يقتضى الحمل على الاختصاص بلا- مئونه و لكنّه مع هذا الاختصاص أظهر عن الإشاعه حتّى فى المشاع لأنّ ظهور مجموع الكلام فى مقام التصرّف يوجب حمل النّصف على الاختصاص لأنّه مالك لمصداق نصف الدّار و نصفه المختص به أحد مصداقيه

[مسأله ما لو باع ما يقبل التملّک و ما لا يقبله صفقه واحده]

قوله قدّس سرّه مسأله ما لو باع ما يقبل التملّك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقه إلى آخره

لا يخفى أنّ الأولى تعميم عنوان البحث بالنّسبه إلى ما لا يقبل التملّك من حيث عدم قابليّته له شرعا كالمثالين مع كونهما مالا عرفا و عدم قابليّته له عرفا أيضا كالخنفساء و نحوها

و على أىّ حال لا إشكال فى فساد البيع بالنّسبه إلى ما لا يقبل التملّك مطلقا إنّما الكلام فى صحّته بالنّسبه إلى ما يقبله و الأقوى هو الصّحه لوجود المقتضى و عدم المانع أمّا وجود المقتضى فلشمول العمومات له مضافا إلى إطلاق صحيحه صفار أمّا شمول العمومات فلأنّ مثل قوله عزّ من قائل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تِجارَةً عَنْ تَراضٍ كما يشمل ما إذا كان تمام المبيع قابلا- للتملّك كذلك يشمل ما إذا انضمّ إليه ما لا يقبل التملّك لأنّ العقد ينحلّ بالنّسبه إلى جزئى المبيع إلى عقدين أحدهما صحيح و الآخر فاسد نظير انحلال التّكليف المتعلّق بالمركّب المشتمل على الأجزاء

و دعوى انصرافها عن هذا المبيع غير مسموعه لأنّه على فرض التّسليم فهو انصراف بدوى و نظير انصراف الماء فى أطراف الدّجله إلى ماء الدّجله و الانصراف المؤثر لعدم تماميّه الإطلاق هو الانصراف النّاشى عن التّشكيك فى الوجود أو الماهيّه لا الانصراف البدوى النّاشى عن كثره الوجود

و أمّا إطلاق صحيحه الصّفار فلأنّ توقيع العسكرى ع إلى الصّفار و إن ورد فيمن باع قطاع أرضين الّتى يملكها منضمّه إلى ملك الغير فوقّع عليه السّلام لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشّراء من البائع على ما يملك إلّا أنّ المدار على عموم الجواب و أن قوله ع وجب الشراء من البائع على ما يملك يدلّ على تحليل العقد و نفوذه فيما يملكه و إن اختصّ قوله ع لا يجوز بيع ما ليس يملك بما يقبل التملّك و لم يكن ملكا للبائع بناء على قراءه يملك مبنيا للفاعل

و بعباره أخرى لا يدور صحّه الاستدلال مدار عدم نفوذ البيع بالنسبه إلى الضّميمه بل إنّما يدور مدار نفوذ البيع فى الجزء الآخر الّذى يملكه و الصّحيحه تدلّ بإطلاقها على صحّته و بالجمله مع قطع النّظر

عن تنقيح المناط القطعى فمدّعى شمول التوقيع للمقام و إن كان مورد السّؤال غيره فما ذكرناه سابقا من عدم الشمول لا وجه له

و أمّا عدم المانع فلأنّ ما توهّم من المانع على وجوه الأوّل أنّ ما قصد و هو التّراضى على المجموع لم يقع و ما وقع لم يقصد الثّانى أنّ النّهى عن الغرر المطلق أو الغرر فى البيع يشمله من جهه الجهل بثمن المبيع الثّالث أنّ اللّفظه الواحده لا يمكن تبعيضها و المفروض أنّ ما لا يقبل التملّك لا يمكن الالتزام بصحّته من جهه غلبه ما يقبل التملّك عليه فيغلب لا محاله الفاسد على الصّحيح الرّابع أنّ الجمع بين ما يقبل التملّك و ما لا يقبله نظير الجمع بين الأختين فى عقد واحد

و لا يخفى ما فى هذه الوجوه أمّا الأوّل منها فلأنّ بعض المبيع و إن لم يقصد مستقلّا و لم ينشأ بصيغه تخصّه إلّا أنّه أنشأ ضمنا فينحلّ الإنشاء باعتبار تعدّد متعلّقه إلى إنشاءات متعدّده كانحلال التّكليف المتعلّق بالمركّب إلى تكاليف متعدّده بمقدار تعدّد قيوده

نعم تخلّف وصف الانضمام يوجب الخيار لأنّ منشأ الخيار فى تبعّض الصّفقه مطلقا هو تخلّف الشّرط الضّمنى بل هو المنشأ له فى الغبن و العيب أيضا لا الضّرر كما سيجى ء توضيحه و قياس فساد الجزء على فساد الشّرط حيث قيل بأنّه مفسد للعقد مع الفارق مضافا إلى عدم تماميّه الحكم فى المقيس عليه إلّا إذا رجع فساد الشّرط إلى اختلال أحد أركان العقد كما سيجى ء فى محلّه

و ليس منشأ الفرق أنّ الشرط يوجب تقييد العقد المشروط به بخلاف الجزء فإنّ بيع المجموع فى قوّه شرط انضمام كلّ جزء إلى آخر و لذا قلنا بأن تخلّفه الّذى هو عباره عن تبعّض الصّفقه على المشترى يوجب ثبوت الخيار له بل للفرق بين الشّرط الفاسد و شرط انضمام الجزء الفاسد فإنّ الشّرط الفاسد لا يملكه المشروط له أى لا يصير الشارط مالكا لالتزام الطّرف لأنّ نفس جعل هذا الالتزام على المشروط عليه باطل و فاسد مع قطع النّظر عن الملتزم به و هذا بخلاف شرط الانضمام فإنّ نفس جعل هذا الالتزام ليس باطلا بل الملتزم به لا يصحّ الالتزام به لخروجه عن قابليّه التملّك فيصير الاشتراط سببا لتملّك المشروط له الشّرط و يصير فساد المشروط سببا لتحقّق الخيار من باب تعذّره شرعا

و بعباره أخرى الشّرط الضّمنى فى المقام كالشّرط المتعذّر الّذى لا يوجب تعذّره إلّا الخيار بخلاف الشّرط الفاسد فإنّه ليس قابلا للملكيّه أصلا و أمّا الثّانى فلأنّ الجهل بثمن المبيع و إن كان موجبا للفساد إمّا للإجماع على اعتبار العلم به و إمّا للغرر بمعنى الخطر المنهىّ عنه فى الخبر المتلقّى بالقبول بين الفريقين و هو قوله ع نهى النّبى ص عن الغرر أو عن بيع الغرر إلّا أنّ الثّمن فى المقام معلوم فإنّه وقع جميع الثمن بإزاء جميع المبيع و عدم صحّه البيع شرعا بالنّسبه إلى بعض المبيع لا يقتضى عدم قصد المتعاملين مقابله المجموع بالمجموع و لا خطر أيضا لو جعل المجموع بإزاء المجموع لأنّ البيع الغررىّ المنهىّ عنه هو ما كان فى حدّ ذاته خطريّا لا من جهه حكم الشّارع بعدم وقوع بعض الثّمن بإزاء بعض المبيع بل قيل بأنّه لا يؤثر الغرر حال العقد إذا ارتفع بالتّقسيط أى المدار فى الصّحه أن لا يكون البيع غرريّا حين التّسليم و التسلّم لا حين إنشاء البيع

و لكنّ الصّواب فى الجواب هو ما ذكرناه من أنّ البيع فى نفسه ليس غرريا ابتداء و إلّا لو سلّم بكونه غرريّا حين البيع فارتفاعه

بعد ذلك لا يؤثر فى الصّحه و إلّا لصحّ بيع كلّ مجهول إذا آل إلى العلم بعد ذلك مع أنّه لا إشكال فى فساده و أمّا الثّالث فلأنّ اللّفظه

الواحـده إذا أنشأ بها أمور متعدّده فلا مانع من تبعيضـها بل لا محيص عن تبعيضـها فيما لو جمع بين مختلفى الحكم كما لو جمع بين ملكه و ملک غيره أو جمع بين الحيوان و غير الحيوان فـالجمع بين مـا يقبـل التملّـک و ما لا يقبله أيضا كـذلک و أمّا الرابع فلأنّ فساد عقـد الأختين جمعا يقتضـى فساد عقـد إحـداهما أيضا من باب عـدم ترجيـح إحداهما على الأخرى و فى المقام فساد المجموع لا يقتضـى فساد عقـد ما يقبل التملّک و ذلک واضح بعد ما ظهر لک من انحلال العقد فى المقام إلى عقدين و لحوق كلّ جزء حكم ما يقتضيه

هذا كلّه مضافا إلى النّقض بالجمع بين ملكه و ملک غيره فإنّ هذه الإشكالات ترد عليه أيضا و بالجمله و لو قلنا بأنّ فساد الشّرط يوجب فساد العقد المشـروط به إلّا أنّه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأنّ الشـرط لا يقع بإزائه شى ء من الثّمن بل يوجب زياده قيمه المشروط فإذا قيد به و كان فساده موجبا لعدم إمكان تحقّقه فالعقد المقيّد لم يتحقق

و أمّا الجزء الفاسد فحيث إنّ الثّمن يوزّع عليه و على الجزء الآخر ففساده لا يقتضـى إلّا ردّ الثّمن الّذى وقع بإزائه أى يفسد العقد بالنّسـبه إليه دون الجزء الآخر الصّـحيح الغير المقيّـد بما لا يمكن تحصيله أو تحقّقه مع أنّه سـيجى ء أنّ الحكم فى المقيس عليه أيضـا ليس البطلاـن فـإن تخلّف الشـرط ليس إلّـا من قبيـل تخلّف الـدّاعى و إنّمـا يوجب الخيـار فى المقـام و لا يوجبه فى سائر الموارد للفرق بينهما و هو أن المشترط بمقتضـى شـرطه صـريحا أو ضمنا فى المقام لم يلتزم بفاقد الشّرط فله الفسخ و له الالتزام بالفاقد حين العلم بالفقد و أمّا تخلّف الدّاعى فيما لم يكن مذكورا صـريحا أو ضـمنا فإنّما لا يوجب الخيار مع أنّه فى نفس الأمر غير ملتزم بما كان مخالفا لغرضه لأجل أن الشّروط البنائيّه لا أثر لها ما لم يجعل فى قالب الإنشاء

و بالجمله تاره يتحقّق الخيار بجعل إلهى كخيار الحيوان و نحوه أو بجعل من المتعاقـدين كخيار الشّـرط و أخرى يتحقّق من باب عـدم الملزم ففى القسم الأوّل قد تحقّق الالتزام العقدى و لكن اللّه سـبحانه أو نفس المتعاقدين جعل أمر الالتزام العقدى بيد ذى الخيـار نظره له و إرفاقـا و أمّـا فى القسم الثّانى فلم يتحقّق الالتزام العقـدى فليس المتعاقـدان ملزمين بالتبـديل و المعامله الصّادره منهمـا فلهمـا الفسـخ أو الاـلتزام بمضـمون المعامله مجـدّدا و حيث إنّ من يتبعّض الصّـفقه عليه لم يلتزم بوقوع بعض المبيع بإزاء بعض الثّمن فله الفسخ أو الالتزام مجدّدا و لا موجب لبطلان العقد بالنّسبه إلى ما يقبل التملّک

قوله قدّس سرّه نعم ربما يقيّد الحكم بصوره جهل المشترى إلى آخره

لا يخفى أنّ التّفصيل بين صوره الجهل و العلم فى غير محلّه لأنّ العلم بأنّ أحد الجزءين ليس قابلا للتملّک لو كان موجبا للجهل بثمن المبيع لوجب تقييـد الصّـحه بمـا إذا كـان البـائع أيضا جاهلا مع أنّه لم يفصل بين علمه و جهله فمنه يستكشف أنّ العلم لا يضرّ بالصّحه

و سـرّه أنّ مقـابله المجموع بـالمجموع فى الإنشـاء المعـاملى ليس إلّـا بقصـد تمليـک المجموع و تملّكه عرفا و إن علم النّاقل أو المنقول إليه أنّ الشّـارع لم يمض البيع بالنّسـبه إلى بعض المبيع و العلم بـالحكم الشّـرعى لاـ ينـافى البنـاء على خلافه فى الإنشاء المعاملى نعم يتولّد هنا إشـكال على القائل بعدم رجوع المشترى العالم بالغصبيّه إلى الغاصب إذا تلف الثّمن فإنّه لو اقتضى العلم

بالفسـاد من جهه الغصب تمليك المشترى للغاصب مجانا لاقتضـى التّمليک فى المقام المجانيّه أيضا بل عرفت أنّ بعضـهم عمّم عدم الرّجوع إلى الغاصب حتى فى مورد

بقاء العين أيضا و لكنّك عرفت ضعف هذا القول

و على أيّ حال فلو قيل بأن فى مورد ردّ المغصوب منه لا يرجع المشترى العالم إلى الغاصب فى مورد تلف الثّمن فمقتضاه عدم وقوع بعض الثّمن بإزاء غير المملوك فى المقام مع أنّ ظاهر المشهور هو التّقسيط و عدم التزامهم بوقوع مجموع الثمن مقابل المملوك أو وقوع ما بإزاء غير المملوك للبائع مجّانا

و لكنّه يمكن دفع الإشكال بدعوى الفرق بين المقام و بين الفساد من جهه الغصب و هو أنّ فى الغصب حيث إنّ المشترى العالم لم يضمن البائع الغاصب إلّا بمال الغير فيقع الثّمن للغاصب مجّانا إذا ردّ الغير الّذى هو صاحب المبيع و ليس على الغاصب ضمان بالنّسبه إلى الثّمن إلّا إذا كان موجودا فيسترد منه لأنّه فى حكم الهبه المجانيّه و أمّا فى المقام فبعد جعل بعض الثّمن بالإنشاء المعاملى مقابلا لما لا يقبل التملّك فلا وجه لأن يكون مجموع الثّمن مقابلا لما يقبل التملّك أو يكون ما بإزاء غير المملوك للبائع مجّانا

نعم قياس المقام على باب الغصب إنّما يصحّ فيما إذا كان ما لا يقبل التملّك غير مال عرفا أيضا كالقاذورات و الحشرات و توضيح ذلك أنّ ما لا يقبل التملّك على أقسام ثلاثه قسم لا يقبله شرعا مع قبوله عرفا كالخمر و الخنزير و قسم لا يقبله شرعا و عرفا كالحشرات و نحوها و قسم متوسّط بينهما كالحرّ فإنّ مقتضى التملّك فيه موجود و لكنّه لا يقبله شرعا و لذا يفرض عبدا فى الجنايات الوارده عليه الغير المقدّره شرعا و يؤخذ ديه الجنايه الوارده على العبد من الجانى و هكذا يصحّ استرقاقه فى بعض الموارد بل يصلح أن يصير مالا عند العرف فى جميع الموارد

و بعباره أخرى الحر و إن لم يكن مالا عند العرف فعلا إلّا أنّه مال شأنا لقابليّته للاسترقاق عندهم ففى القسم الأوّل و المتوسّط لا بدّ من التّوزيع لأنّه لم يجعل المشترى مجموع الثّمن بإزاء ما يقبل التملّك و لا مقابلا لما لا يقبله للبائع مجّانا و أمّا فى القسم الأخير فحيث إنّه يعلم أنّ بعض المبيع ليس مالا لا شرعا و لا عرفا و لا يقع بإزائه ثمن فإمّا يجعل المقابل له للبائع مجّانا و إمّا يجعل المجموع بإزاء ما يقبل التملّك كما صرّح به الشّهيد فى الحواشى المنسوبه إليه حيث قال إنّ هذا الحكم أى التوزيع مقيّد بجهل المشترى بعين المبيع و حكمه و إلّا كان البذل بإزاء المملوك ضروره أنّ القصد إلى الممتنع كلا قصد انتهى فإنّ كلامه ينزل على ما إذا امتنع القصد بإزاء المجموع عرفا و إلّا فمجرّد امتناعه فى الشّرع لا يجعل القصد إليه كلا قصد فإنّ التوزيع من آثار القصد تكوينا و الأثر التكوينىّ للقصد لا يمكن أن ينفكّ عنه بمجرّد الحكم الشّرعىّ بأنّه كالعدم

و بالجمله القصد المعاملى يتمشّى حقيقه من العالم بأنّ الخمر لا يقبل التملّك و إنّما لا يتمشى فى مورد العلم بأنّ المبيع لا ماليّه له كالخنفساء و نحوها لأنّ القصد المعاملى ليس مجرّد الخيال كتصور أنياب الأغوال حتّى يمكن تصوّر الماليّه للخنفساء و يفرض كونها مالا فى عالم الخيال بل له واقع فى عالم الاعتبار و ذلك يتوقّف على عدّ العرف المبيع مالا

قوله قدّس سرّه و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتهما إذا باع الخنزير بعنوان أنّها شاه و الخمر بعنوان أنها خلّ فبان الخلاف إلى آخره

لاـ إشكال فى أنّه لو ضمّ الخمر مثلاـ إلى الخلّ و باعهما بعنوان أنّه خمر فيقوم عند مستحلّيه و أمّا لو باعه بعنوان أنّه خلّ فقد يتوهّم أنّه لا وجه لملاحظه قيمه الخمر عند مستحلّيه بل يقوّم بما أنّه خلّ أى يفرض كونه خلّا على طبق عنوان المبيع

فإنّ له دخلا فى القيمه بل سيجى ء أنّ مناط ماليّه الأموال هو عناوينها أى صورها النّوعيّه لا المادّه الهيولائيّه و لذا يكون تخلّفها موجبا للفساد و إن جعلها وصفا أو شرطا للمبيع فقال بعتك هذا الّذى هو عبد أو بعتك هذا إن كان عبدا و تبيّن كونه حمارا بل و إن تبيّن كونه أمه لأنّ العبد و الأمه جنسان عند العرف

و فيه أنّ العناوين الجنسيّه و إن كانت فى باب البيع هى مناط ماليّه الأموال و تخلّفها موجبا لفساد البيع دون تخلّف الوصف و إن جعله عنوانا للمبيع و قال بعتك الكاتب إلّا أنّها فى باب التقويم من الدواعى و تخلّفها لا يوجب تبدّل الموضوع فلو قال بعتك هذين الشاتين مع كون أحدهما خنزيرا فلا وجه لردّ قيمه الشّاه بمجرّد جعله معنونا بها مع أنّه أشار إلى ما هو فى الخارج خنزير فالإشاره هنا تقدم على العنوان و العنوان من قبيل الدّاعى و تخلّفه لا يضرّ بتقويم ما هو المشار إليه واقعا فلا مناص إلّا عن تقويم ما لا يقبل التملّك بما يقوّم عند مستحلّيه

و بالجمله و إن كان مدار الصّحه و الفساد على مطابقه المعنون لعنوانه و مخالفته له و لا أثر للبحث من هذه الجهه فى المقام لأنّه على أىّ حال بيع الخنزير باطل باعه بعنوان نفسه أو بعنوان كونه شاه إلّا أن مدار التقويم على واقع الشّى ء لا على العنوان فإنّ العنوان لا يغيّر الخنزير عمّا هو عليه

[يجوز للأب و الجد أن يتصرّفا فى مال الطّفل بالبيع و الشّراء]

قوله قدّس سرّه مسأله يجوز للأب و الجد أن يتصرّفا فى مال الطّفل بالبيع و الشّراء إلى آخره

هذه المسأله من فروع مسأله شروط المتعاقدين حيث قال و من شروطهما أن يكونا مالكين أو المأذونين من المالك أو الشّارع فالمأذون من المالك هو الوكيل و المأذون من الشّارع هو من له الولايه على التصرّف فى مال الغير و الولايه على أقسام قسم منها ذاتى و يعبّر عنه بالإجبارى و هو ولايه الأب و الجدّ على اليتيم و ماله و ثبوتها لهما فى الجمله ضرورى يطّلع عليه المتتبع فى الأبواب المتفرّقه ففى باب الوصيّه ينفذ إذن الوالد فى المضاربه بمال ولده الصّغير بحيث لا ضمان على المأذون و فى باب الحجر ولىّ الطّفل قبل البلوغ و المتصرف فى ماله هو الأب و الجد و فى باب النّكاح ينفذ عقد الأب و الجد على الصّغير و قسم منها مجعول بجعل شرعىّ تعبدىّ كولايه الحاكم و قسم منها مجعول بجعل خلقىّ كولايه القيّم من قبل الأب و الجدّ بعد موتهما على الصّغير

و بالجمله ولايه الأب و الجدّ من ضروريّات الفقه و لا شبهه أن تصرّفهما نافذ فى مال الطّفل و إنّما الإشكال فى جهات ثلاث الأولى فى اعتبار عدالتهما أو ثبوتها لهما مطلقا الثّانيه فى اعتبار المصلحه أو كفايه عدم المفسده أو جواز التصرّف و لو مع المضرّه الثّالثه فى اشتراك جدّ الجد مع الجدّ أيضا فى الولايه أو الاشتراك يختصّ بالأب مع الجدّ و إن علا و أمّا مع عدم الأب فالجدّ القريب هو الولىّ دون البعيد لا مستقلّا و لا مشتركا مع القريب

أمّا الجهه الأولى فالحقّ عدم اعتبار العداله لا لما أفاده المصنف من الأصل فإنّ الأصل بالعكس لأنّ نفوذ تصرّف شخص فى مال غيره يتوقّف على الدّليل و مع عدمه فالأصل يقتضى عدم نفوذه بل لإطلاق الأدلّه فإنّ الأخبار المستفيضه الدالّه على نفوذ وصيّته

فى المضاربه بماله و نفوذ عقد الأب و الجد و نفوذ عقد الجد بدون إذن الأب معلّلا بأنّ البنت و أباها للجدّ و الأخبار الدالّه على أنّه و ماله لأبيه إطلاقها شامل لما إذا كان الأب فاسقا و الطّائفه الثّانيه و إن كانت فى مقام حكم أخلاقىّ لا فقهىّ لعدم كون الولد

و لا ـ ماله مملوكا للأب و ليس حكمه حكم العبد فى كون نفسه ملكا لسيّده حقيقه و ماله مالا له طولا إلّا أن مقتضى تمسّك الأئمّه عليهم السّلام بقوله صلّى اللّه عليه و آله أنت و مالك لأبيك لجواز تصرّف الوالد فى مال الولد هو ثبوت الولايه له و إن لم يكن عدلا

ففى الوسائل بعد ما نقل فى كتاب التجاره عن الشّيخ بإسناده عن محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه ع قال سألته عن الرّجل يحتاج إلى مال ابنه قال يأكل منه ما شاء من غير سرف قال و قال فى كتاب علىّ ع إنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئا إلّا بإذنه و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء و له أن يقع على جاريه ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها و ذكر أنّ رسول اللّه قال لرجل أنت و مالك لأبيك

ثم روى عنه أيضا عن أبى حمزه الثّمالى عن أبى جعفر ع أنّ رسول اللّه ص قال لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر ع ما أحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه إنّ اللّهُ لا يُحِبُّ الْفَسٰادَ و فى الوسائل أيضا عن العلل بإسناده إلى محمّد بن سنان أنّ الرّضا ع كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله و علّه تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه و ليس ذلك للولد لأنّ الولد موهوب للوالد فى قوله عزّ و جل يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ إِنٰاثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ الذُّكُورَ مع أنّه المأخوذ بمئونته صغيرا و كبيرا و المنسوب إليه و المدعوّ له لقوله عز و جل ادْعُوهُمْ لِآبٰائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللّٰهِ و لقول النّبى ص أنت و مالك لأبيك إلى آخره

و فى كتاب الحجر عن أبى عبد اللّه ع قال انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشدّه و إن احتلم و لم يونس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليّه ماله و بالجمله الأخبار بإطلاقها تدلّ على ثبوت الولايه للولىّ و إن لم يكن عدلا و ليس فى البين دليل على اعتبار العداله حتّى يقيّد ما يكون مطلقا أو يبين ما يكون مجملا و ما تمسّكوا به لاعتبارها مثل قوله عزّ من قائل وَ لٰا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النّٰارُ لا ـ يدلّ على المقصود كما لا يخفى فإنّ الظّالم هنا هو السّلطان الجائر و الرّكون إليه هو الاعتماد عليه و الدّعاء له بالبقاء و هكذا ما قيل من أنّه يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا فإنّ على ما فى الأخبار من أنّ الولد و ماله لأبيه لم يجعل الفاسق أمينا على مال الغير بل المال و مالكه له

و على هذا يردّ أيضا الاستدلال بالآيه الشّريفه بناء على كون مطلق الفاسق ظالما و كون جواز تصرّف كلّ فاسق فى كلّ ما لم يكن له ركونا إليه لأنّ المال إذا كان مالا لشخص الظّالم فلا يشمله عموم الآيه بل لو قلنا بأنّ هذه الأدلّه فى بيان أمر أخلاقى و هو إثبات الولايه من باب الشّفقه و المحبّه و إثبات مرتبه من الاختصاص و الملكيّه دون الولايه المصطلحه الفقهيّه إلّا أنّ كون الولىّ فاسقا لا يضادّ مع حكمه الصّانع لأنّ الفاسق لو تعدّى و فرّط فى مال الطّفل يحجره الحاكم كحجر السّفيه فى ماله

نعم لا ـ يمكن عزله لما ذكرنا أنّ هذه موهبه غير قابله لسلبها عنه و لذا يسمّى بالولىّ الإجبارى و كيف كان فلا يظهر لاعتبار العداله ثمره عمليّه إلا ـ بناء على اعتبارها موضوعيّا كما فى إمام الجماعه و المفتى و القاضى لأنّه لو قلنا فى الجهه الثّانيه باعتبار المصلحه فى نفوذ تصرّفه فمع عدمها يبطل حتّى تصرّف العادل و لو قلنا بكفايه عدم المفسده من باب أنّ مجرّد الشّفقه يكفى لجعل هذه الولايه فالشّفقه حاصله للفاسق أيضا و لو قلنا بنفوذه حتّى مع المفسده فعدم اعتبار العداله بناء عليه أولى

و بالجمله لا دليل

على اعتبار العداله فالأقوى ثبوت الولايه للفاسق أيضا نعم ثبوتها للكافر إذا كان المولى عليه مسلما كما إذا كان الجدّ كافرا و كان الوالد مسلما أو كانت الأمّ مسلمه لا يخلو عن إشكال بل الأقوى عدمه لأن الولد إذا كان مسلما من حيث تبعيّته للأب أو الأم فلا يمكن أن تكون للجدّ ولايه عليه لأنّها سبيل و لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و تمام الكلام فى هذا الشّرط و سائر الشّرائط كالحريّه و الإيمان موكول إلى محلّه

و أمّا الجهه الثّانيه فالحقّ ثبوت الولايه له و لو مع المفسده و المضرّه للطّفل و ذلك لإطلاق الأدلّه و استدراك المصنف لما أفاده من التمسّک بالإطلاق بقوله لكن الظّاهر منها أى من أخبار جواز تقويم جاريه الابن على نفسه تقييدها بصوره حاجه الأب متمسّكا بقول الصادق عليه السّلام فى جواب من سأله عمّا يحلّ للرّجل من مال ولده و هو قوله ع قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه و بقول الباقر ع لا نحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه إنّ اللّهُ لا يُحِبُّ الْفَسادَ و بالآيه الشريفه وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و نحو ذلك لا يضرّ بالمقصود لأنّ المفروض أنّ من هذه الأدلّه يستفاد جواز أخذ الأب من مال الابن ما يحتاج إليه و هو ضرر على الطّفل

إلّا أن يقال إن مسأله نفقه الأب أو الجدّ من مال الولد صغيرا كان أو كبيرا خارجه عن موضوع البحث و إنّما الكلام فى جواز تصرّف الولىّ الإجبارى فيما يرجع إلى أمر الطّفل و هذه الأدلّه ليست ناظره إلى إثبات الولايه بالمعنى الّذى هو موضوع البحث و هو نفوذ تصرف الولىّ فى مال الطّفل بالبيع و الشّراء و الصّلح و الهبه و أمثال ذلک حتّى يتمسّک بإطلاقها لجواز تصرّفه فيما كان مضرا بالطّفل و إنّما هى فى مقام جواز أخذ الوالد مال الولد و إن كان كبيرا

نعم يستفاد من هذه الأخبار أنّ للوالد نحو سلطنه على مال الولد و نفسه لا سيّما بضميمه أخبار عقد الجدّ بدون إذن الوالد و لا نعنى بالولايه إلّا هذا المعنى لأنّه لو كان الولد و ماله تحت سلطنه الوالد فله التصرّف فى ماله تصرّف الملاک فى أملاكهم و مقتضى مفادها أن نحو ولايه الأب و الجدّ غير ولايه سائر الأمناء و الولاه لأنّ حكمه جعل الولايه قد تكون المصلحه و الغبطه كولايه الحاكم و نحوه و قد تكون الشّفقه و المحبّه كولايه الأب و الجدّ

و على هذا فكما يجوز تصرف الجدّ أو الأب فى مال نفسه لو لم يكن سفهيّا و إن كان ضرريّا فكذا يجوز تصرّفه فى مال المولى عليه كذلک إلّا أن ينعقد إجماع على خلافه أو يتمسّک بقوله سبحانه وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و الخطاب فيه و إن لم يشمل الأب لفرض اليتم فيه إلّا أنّه يشمل الجد و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل أو يقال شمول اليتيم لمن ماتت أمّه و لو كان أبوه حيّا فتأمّل فإنّ الحكم بالإطلاق لا يخلو عن وجه و إن اختار شيخنا الأستاد مدّ ظله فى هذه الدّوره عدم جواز التصرّف مع المفسده

و أمّا الجهه الثّالثه فلا ينبغى الإشكال فى أنّ الجد و إن علا يشارک الأب فى الولايه عرضا فمع وجود الأب جدّا لجدّ حكمه حكم الجدّ فى اشتراكه مع الأب لأن روايه النّكاح شامله للجدّ العالى و إنّما الإشكال فى أن مع فقد الأب هل الحكم بين الأجداد عرضىّ أو طولىّ أى الأقرب يمنع الأبعد أم لا فقد يتمسّک للأوّل بقوله عزّ من قائل وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ و لكنّ الظّاهر أنّ الآيه

وارده لحکم الإرث و لا تشمل الولایه و هکذا لا تشمل المقام الأدلّه الدالّه علی أنّ الأولی بأمر المیّت من کان أولی بالمیراث فإنّها فی مقام بیان الولایه فی أمر التّجهیز و المناط فی عدم مزاحمه الأب مع الجدّ فی تزویج البنت مشترک بین الأجداد فإنّ الطّبقات النّازله مملوکه للعالیه فیشترک العالی مع النّازل

[مسأله من جمله أولیاء التصرّف فی مال من لا یستقلّ بالتصرّف فی ماله الحاکم]

قوله قدّس سرّه مسأله من جمله أولیاء التصرّف فی مال من لا یستقلّ بالتصرّف فی ماله الحاکم إلی آخره

لا شبهه فی أنّ للحاکم الّذی هو الفقیه الجامع للشرائط التصرّف فی مال الصّغیر و الغائب فی الجمله و إنّما الکلام فی أنّ جواز تصرّفه فیه هل هو من جهه الولایه العامّه الثّابته له علی قول أو لکون هذا التصرّف من شئون القضاء الثّابت له بلا خلاف

و توضیح ذلک أنّ للولایه مراتب ثلاث إحداها و هی المرتبه العلیا مختصّه بالنّبی و أوصیائه الطّاهرین صلوات اللّه علیهم أجمعین و غیر قابله للتّفویض إلی أحد و اثنتان منها قابلتان للتّفویض أمّا غیر القابله فهی کونهم علیهم السّلام أولی بالمؤمنین من أنفسهم بمقتضی الآیه الشّریفه النَّبِیُّ أَوْلیٰ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ و هذه المرتبه غیر قابله للسّرقه و لا یمکن أن یتقمّص بها من لا یلیق بها و أمّا القابله للتفویض فقسم یرجع إلی الأمور السّیاسیّه الّتی ترجع إلی نظم البلاد و انتظام أمور العباد و سدّ الثّغور و الجهاد مع الأعداء و الدّفاع عنهم و نحو ذلک ممّا یرجع إلی وظیفه الولاه و الأمراء

و قسم یرجع إلی الإفتاء و القضاء و کان هذان المنصبان فی عصر النّبی و الأمیر صلوات اللّه علیهما بل فی عصر الخلفاء الثلاثه لطائفتین و فی کل بلد أو صقع کان الوالی غیر القاضی فصنف کان منصوبا لخصوص القضاء و الإفتاء و صنف کان منصوبا لإجراء الحدود و نظم البلاد و النّظر فی مصالح المسلمین

نعم اتّفق إعطاء کلتا الوظیفتین لشخص واحد لأهلیّته لهما إلّا أنّ الغالب اختلاف الوالی و القاضی و لا إشکال فی ثبوت منصب القضاء و الإفتاء للفقیه فی عصر الغیبه و هکذا ما یکون من توابع القضاء کأخذ المدّعی به من المحکوم علیه و حبس الغریم المماطل و التصرّف فی بعض الأمور الحسبیّه کحفظ مال الغائب و الصّغیر و نحو ذلک

و إنّما الإشکال فی ثبوت الولایه العامّه و أظهر مصادیقها سدّ الثّغور و نظم البلاد و الجهاد و الدّفاع و هنا مصادیق مشکوکه فی أنّها من منصب القاضی أو الوالی کإجراء الحدود و أخذ الزکاه و إقامه الجمعه و لإثبات دخولها فی أیّ واحد من المنصبین محلّ آخر و المهم إثبات الکبری و هی ثبوت الولایه العامّه للفقیه فی عصر الغیبه فإنّها لو ثبتت بالأدلّه المعتبره فالبحث عن الصّغری لغو لأنّها علی أیّ حال من وظیفه الفقیه

و استدلّوا لثبوتها له بالأخبار الوارده فی شأن العلماء و بالتّوقیع الشّریف المرویّ فی إکمال الدّین و هو قوله أرواحنا له الفداء و أمّا الحوادث الواقعه فارجعوا فیها إلی رواه حدیثنا فإنّهم حجّتی علیکم و أنا حجّه اللّه و بمقبوله عمر بن حنظله و بالمشهوره و بروایتی أبی خدیجه و لکنّک خبیر بعدم دلالتها علی المدّعی

أمّا قوله ص علماء أمّتى كأنبياء بنى إسرائيل فلعلّ التّنزيل كان بلحاظ تبليغ الأحكام بين الأنام كما هو شأن أغلب أنبياء بنى إسرائيل فإنّهم ع كانوا مبلّغين لأحكام موسى على نبيّنا و آله و عليه السّلام و قلّ من كان منهم واليا و سلطانا كداود و سليمان ع

و أما قوله ع مجارى الأمور بيد العلماء و قوله العلماء ورثه الأنبياء

و نحو ذلک من الأخبار الوارده فی علوّ شأن العالم فمن المحتمل قریبا کون العلماء فیها هم الأئمّه علیهم السّلام کما فی الخبر المعروف مداد العلماء کدماء الشهداء و لا سیّما الخبر الأوّل الدالّ بإطلاقه علی الولایه العامّه فإنّ فیه قرائن تدلّ علی أنّ المراد من العلماء فیه هم الأئمّه علیهم السّلام فإنّهم هم الأمناء علی حلال اللّه و حرامه

و أمّا التّوقیع الشّریف فغایه تقریبه للمدّعی ما أفاده فی المتن من الوجوه الّتی منها ظهور الحوادث فی مطلق الوقائع الّتی لا بدّ من الرّجوع فیها إلی الإمام ع مع حضوره من غیر فرق بین الأحکام و السّیاسات من إجراء الحدود و أخذ الزّکوات و نحو ذلک و منها إرجاع نفس الحوادث إلی رواه الأحادیث الّذین هم الفقهاء فتکون ظاهره فی الأمور العامّه لا أحکامها حتی تکون ظاهره فی الإفتاء و القضاء و منها التّعلیل بکونهم حجّه من قبله کما أنّه ع حجّه من قبل اللّه فما کان له علیه السّلام من قبل اللّه سبحانه و کان قابلا للتفویض فهو للرّواه و منها أنّ مثل إسحاق بن یعقوب أجلّ شأنا من أن یخفی علیه لزوم الرّجوع فی المسائل الشّرعیّه إلی الفقهاء بخلاف الرّجوع إلیهم فی الأمور العامّه فإنّه یحتمل أن یکون الإمام ع قد جعله الشخص خاص أو أشخاص معیّنه من ثقات ذاک الزّمان فیرید معرفته فیوقع الإمام أرواحنا له الفداء بأنّ جمیع الرّواه مراجع لهذه الأمور

هذا و لا یخفی ما فی هذه الوجوه من المناقشه أمّا الأوّل فلأنّ السّؤال غیر معلوم فلعلّ المراد من الحوادث هی الحوادث المعهوده بین الإمام ع و السّائل و علی فرض عمومها فالمتیقّن منها هی الفروع المتجدّده و الأمور الرّاجعه إلی الإفتاء لا الأعمّ و أمّا الثّانی فلأنّ أدنی المناسبه بین نفس الحوادث و حکمها کاف للسّؤال عن حکمها فیکون الفقیه هو المرجع فی الأحکام لا فی نفس الحوادث و أمّا الثّالث فلأنّ الحجّه تناسب المبلّغیّه فی الأحکام و الرساله علی الأنام أیضا کما فی قوله عزّ من قائل قُلْ فَلِلّٰهِ الْحُجَّةُ الْبٰالِغَةُ و قوله تِلْکَ حُجَّتُنٰا آتَیْنٰاهٰا إِبْرٰاهِیمَ و نحو ذلک ممّا ورد بمعنی البرهان الّذی به یحتجّ علی الطّرف

و بهذا المعنی أیضا ورد قوله ع إنّ الأرض لا تخلو من حجّه لأنّ به یتمّ الحجّه و یهلک من هلک عن بیّنه و یحیی من حیّ عن بیّنه و لذا وصفهم برواه الأحادیث الّذین شأنهم التّبلیغ و أمّا الرابع فکون محمّد بن إسحاق من أجلّاء العلماء لا ینافی سؤاله عن أمر جلیّ و لذا یسأل مثل زراره و محمّد بن مسلم من الإمام ما لا یخفی علی أحد هذا مع أن سؤاله لا یکون ظاهرا فی تکلیف المسلمین فی الغیبه الکبری حتّی یکون الجواب ظاهرا فی عموم الوقائع بل یسأل عن حالهم فی الغیبه الصّغری فإنّ العمری الّذی بتوسطه سأل محمّد بن إسحاق عن حکم الوقائع عن الإمام ع هو محمّد بن عثمان العمری کما یظهر من قوله ع فی ذیل الخبر و أمّا محمّد بن عثمان العمری فرضی اللّه عنه و عن أبیه من قبل فإنّه ثقتی و کتابه کتابی و هو کان سفیرا من قبله ع فلعلّه یسأل بتوسّطه عن المرجع فی الفروع المتجدّده فی ذلک العصر لا عن المرجع فی الأمور العامّه

و أمّا روایتا أبی خدیجه فاختصاصهما بالقضاء واضح مضافا إلی ضعفهما لأنّ له حاله اعوجاج عن طریق الحقّ و هی زمان متابعته للخطابیّه و حالتی استقامه و هما قبل الاعوجاج و بعده و لم یعلم أنّه رواهما فی أیّ الحالات و کیف کان لا تدلان إلّا علی نفوذ قضاء المجتهد المطلق أو المتجزّی أیضا دون مطلق الأمور العامّه فإنّ إحداهما قوله ع اجعلوا بینکم رجلا ممّن عرف حلالنا و حرامنا

و الأخری قوله ع انظروا إلی رجل منکم یعلم من قضایانا فاجعلوه بینکم فإنّی قد جعلته قاضیا فتحاکموا إلیه و فی سند الکلینی إلیه بدل قضایانا قوله قضائنا و لا یخفی أنّ القاضی غیر الوالی

و أمّا المشهوره و هی قوله السّلطان ولیّ من لا ولیّ له فلا تدلّ أیضا علی مرجعیّه السلطان فی الأمور العامّه فإنّه لو لم نقل بما قیل من ورودها بالنّسبه إلی المیّت الّذی لا ولیّ له بل قلنا بولایته علی کلّ من لا ولیّ له حتی الموقوف علیهم فی الأوقاف العامّه فضلا عن مثل الصبیّ و المجنون و الغائب إلّا أنّه حیث إنّ ظاهرها ولایه السلطان علی من یحتاج إلی الولیّ فتختصّ بالأمور الحسبیّه فلا تدلّ علی ولایته علی إقامه الجمعه و إجراء الحدود و أخذ الزکاه جبرا و نظم البلاد و ما یرجع إلی الأمور العامّه

نعم لا بأس بالتمسّک بمقبوله عمر بن حنظله فإن صدرها ظاهر فی ذلک حیث إنّ السّائل جعل القاضی مقابلا للسّلطان و الإمام ع قرره علی ذلک فقال سألت أبا عبد اللّه ع عن رجلین من أصحابنا تنازعا فی دین أو میراث فتحاکما إلی السّلطان أو إلی القضاه أ یحلّ ذلک إلی آخره

بل یدلّ علیه ذیلها أیضا حیث قال ع ینظر إلی من کان منکم قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا فلیرضوا به حکما فإنّی قد جعلته علیکم حاکما فإنّ الحکومه ظاهره فی الولایه العامّه فإنّ الحاکم هو الّذی یحکم بین النّاس بالسّیف و السّوط و لیس ذلک شأن القاضی ثم إنّ وجوب أداء سهم الإمام أرواحنا له الفداء إلی الفقیه لیس إلّا من باب أنّه أبصر بموارد صرفه بعد العلم بأنّه ع لو کان حاضرا لصرفه

و کیف کان فإثبات الولایه العامّه للفقیه بحیث تتعیّن صلاه الجمعه فی یوم الجمعه بقیامه لها أو نصب إمام لها مشکل

قوله قدّس سرّه الولایه تتصوّر علی وجهین الأوّل استقلال الولیّ بالتصرّف مع قطع النّظر عن کون تصرّف غیره منوطا بإذنه أو غیر منوط به و مرجع هذا إلی کون نظره سببا فی جواز تصرّفه الثّانی عدم استقلال غیره بالتصرّف و کون تصرّف الغیر منوطا به و إن لم یکن هو مستقلّا بالتصرّف و مرجع هذا إلی کون نظره شرطا فی جواز تصرّف غیره و بین موارد الوجهین عموم من وجه إلی آخره

لا یخفی أنّ هذین القسمین المتصوّرین فی الولایه لا یوجبان اختلافا فی حقیقتها لأنّ لنظر الولیّ جهه موضوعیّه فی کلا القسمین غایه الأمر أنّ ما یراه صلاحا تاره لا بدّ أن یقع عن الفقیه بالمباشره کالفتوی و القضاء و أخری لا بدّ أن یقع بمباشره غیره کما إذا عجز أحد الوصیّین اللّذین اشترط الموصی اجتماعهما أو مرض علی وجه لا یقدر علی القیام بتمام ما أوصی به و لو بالتوکیل أو الاستیجار فإنّ الحاکم یضمّ إلیه من یقوّیه و یعینه فإنّ فی هذا المثال لیس للحاکم المباشره مع أنّ تصرّف غیر الوصی منوط بإذنه و ثالثه یمکن أن یقع من الحاکم أو من غیره بإذنه کوکیله أو متولّی الوقف من قبله أو المأذون فی الصّلاه علی میّت لا ولیّ له و علی هذا فالمثال الثالث هو مادّه الاجتماع

و بالجمله إن رجع جهه العموم من وجه بین القسمین إلی مباشره الحاکم و الغیر فلا بدّ أن یفرض ماده الاجتماع ما یمکن أن یصدر من کلیهما و أمّا لو رجع إلی غیر هذه الجهه فلا نجد بینهما هذه النسبه إذ لا ینفکّ توقّف التصرّف علی نظر الفقیه عن

استقلاله فى التصرّف

بل يمكن أن يقال لا اختلاف فى حقيقتهما بل كلّ منهما من أفراد الولايه العامّه فإنّ كون نظر الحاكم شرطا لجواز تصرّف الغير أو سببا لجواز تصرّف نفسه لا يوجب اختلافا فى هويّتها فإنّ هذه

الاختلافات راجعه إلى المشخّصات الفرديّه و كلّ من هاتين المرتبتين من شئون ولايه الفقيه و من كان واليا من قبل الإمام ع فى البلاد بل لا يمكن صدور جميع الأمور من نفس الوالى بالمباشره كما لا يخفى

قوله قدّس سرّه ثم إنّ النّسبه بين مثل هذا التّوقيع و بين العمومات الظّاهره فى إذن الشّارع فى كلّ معروف لكلّ أحد مثل قوله ع كل معروف صدقه و قوله ع عون الضّعيف من أفضل الصّدقه و أمثال ذلك و إن كانت عموما من وجه إلّا أنّ الظّاهر حكومه هذا التّوقيع عليها إلى آخره

الظّاهر أن مراده من العموم من وجه بين التوقيع و العمومات هو أنّ الحوادث الّتى يكون المرجع فيها الفقيه هى الأعمّ من كونها معروفا أو غير معروف لأنّ جميع الوقائع العامّه الحادثه يكون المرجع فيها الفقيه سواء كانت من الأمور الّتى علم من الشّارع بوجوب وجودها فى الخارج أم لم تكن كذلك كحكمه بثبوت الهلال و نحو ذلك و أمّا أعميّه المعروف فيمكن أن يكون بلحاظ شموله للأمور الكليّه و الجزئيّه و يمكن أن يكون بلحاظ شموله للحادث فى عصر الغيبه و لما كان فى عصر الأئمّه

و كيف كان لو قيل بأنّ مرجعيّه الفقيه لا تختصّ بالقضاء و الإفتاء فلا شبهه فى حكومه هذا التوقيع على العمومات لأنّ مقتضاه أنّ صدور كلّ قضيّه يجب أن يكون بنظر الفقيه فكون القضيّه معروفه لا ينافى كونها مشروطه بإذن الفقيه

قوله قدّس سرّه و على أىّ تقدير فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ ما دلّ عليه هذه الأدلّه هو ثبوت الولايه للفقيه فى الأمور الّتى يكون مشروعيّه إيجادها فى الخارج مفروغا عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على النّاس القيام بها كفايه و أمّا ما يشكّ فى مشروعيّته كالحدود لغير الإمام و تزويج الصّغيره لغير الأب و الجدّ و ولايه المعامله على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه و غير ذلك فلا يثبت من تلك الأدلّه مشروعيّتها للفقيه إلى آخره

لا يخفى أنّه بعد أن بيّنا أنّ للإمام عليه السّلام مراتب ثلاث من الولايه و أن مرتبه منها غير قابله للتفويض و هى كونه ع أولى بالمؤمنين من أنفسهم و محلّ الكلام غير هذا القسم و هو الولايه العامّه و القضاء و الإفتاء يظهر ما فى كلام المصنف أمّا أولا فلأنّ بعض الأمور خارج عن موضوع البحث كتزويج الصّغيره لغير الأب و الجد فإنّه ليس من شئون القضاء و الإفتاء و لا من الأمور الّتى يتوقّف نظم البلاد عليها و لا من المعروف الّذى نعلم بوجوب وجوده فى الخارج و ثانيا من أين ظهر أن ما دلّ عليه هذه الأدلّه هو ثبوت الولايه للفقيه فى الأمور الّتى يكون مشروعيّه إيجادها فى الخارج مفروغا عنها فإنّه قدّس سرّه اعترف بأنّ النّسبه بين التّوقيع و العمومات الظّاهره فى إذن الشّارع فى كلّ معروف لكلّ أحد هى العموم من وجه و قد تقدّم أنّ أعميّه الحوادث إنّما هى باعتبار شمولها للمعروف و غيره و على فرض عدم اعترافه قدّس سرّه بذلك فقوله ع و أمّا الحوادث لا يختصّ بهذه الأمور و كذا قوله ع مجارى الأمور بيد العلماء و قوله ع فإنّى قد جعلته حاكما

و بالجمله حيث إنّه قدّس سرّه جعل الولايه على قسمين استقلال الولىّ بالتصرّف و عدم استقلال غيره بالتصرّف نهض لإثبات الثّانى بالأدلّه الدالّه على أنّ مرجع الأمور هو الفقيه مع أنّك قد عرفت أنّ هذا التّقسيم ليس إلّا باعتبار تصدّى نفس الحاكم أو المأذون من قبله و مع الغضّ عن هذا و التّسليم بصحّه التّقسيم على وجه التباين و لو فى الجمله فالدّليل الدالّ على الثّانى يدلّ

على الأوّل أيضا و الخبير يعرف مواقع أخر للنّظر فى كلامه قدّس سرّه

و بالجمله المقصود من إثبات الولايه للفقيه هو إثبات ما كان للأشتر

و قيس بن سعد بن عباده و محمّد بن أبى بكر و نظرائهم رضوان اللّه تعالى عليهم و لا إشكال فى أنّه كان لهم أجزاء الحدود و أخذ الزكاه جبرا و الخراج و الجزيه و نحو ذلك من الأمور العامّه فراجع

[مسأله فى ولايه عدول المؤمنين]

قوله قدّس سرّه مسأله فى ولايه عدول المؤمنين إلى آخره

لا يخفى أنّه لو ثبت الولايه العامّه للفقيه مطلقا إلّا ما خرج كإقامه الجمعه الّتى قيل باختصاصها بالإمام عليه السّلام فإذا تعذر الرّجوع إليه فى الأمور الّتى يتوقّف حفظ النظام عليها فلا شبهه فى سقوط اعتبار مباشرته أو إذنه لاستقلال العقل بلزوم القيام بما يحفظ به النظام غايه الأمر ما دام العادل قادرا على القيام به فهو المتيقّن و إلّا فعلى كلّ من يتمكّن منه و أمّا الأمور الّتى لا يتوقف حفظ النّظام الكلّى عليها و لكنّها من المعروف أو من قبيل فصل الخصومات أو الإفتاء فى الأحكام الكليّه فتاره يعلم من مناسبه الحكم و الموضوع أنّ ولايته إنّما هو لنظره و اجتهاده غايه الأمر اعتبر فيه العداله أيضا موضوعيّا و أخرى يعلم بأنّ ولايته لعدالته أو لرئاسته و حكومته أى يعلم بأنّ الاجتهاد لم يكن دخيلا أصلا أو لم يكن ركنا فى الموضوع ففى الأوّل إذا فقد الفقيه ليس لغيره التصدّى له فلا يجوز للعامى الإفتاء و لا القضاء و فى الثّانى يقوم عدول المؤمنين به من باب كونه المتيقّن أو مطلق من يوثق به و لو تعذّر فيقوم به سائر المؤمنين

و بالجمله الأمور الّتى يعلم من الشّرع مطلوبيّتها فى جميع الأزمان و لم يؤخذ فى دليلها صدورها من شخص خاصّ فمع وجود الفقيه هو المتعيّن للقيام بها إمّا لثبوت ولايته عليها بالأدلّه العامّه أو لكونه هو المتيقّن من بين المسلمين أو لئلّا يلزم الهرج و المرج فيعتبر قيام الفقيه به مباشره أو إذنه أو استنابته و مع تعذّره فيقوم به سائر المسلمين و لما كان العدل أولى بالحفظ و الإصلاح فمع وجوده هو المتعيّن كما يدلّ عليه الأدلّه الّتى نشير إليها أو هو المتيقّن و مع فقده فمطلق الثّقه و مع عدمه فكلّ من كان صالحا فكون هذه الأمور مطلوبه لا ينافى اعتبار قيام شخص خاصّ بها على التّرتيب كما لا ينافى مطلوبيّتها لزوم تعطيلها إذا قلنا باعتبار قيام خصوص الفقيه بها عند فقده

نعم لو كانت مطلوبه على كلّ تقدير و لو مع فقد الفقيه فلا بدّ من القيام بها على التّرتيب المذكور و قد يستدلّ لولايه عدول المؤمنين على الصّغار الّذين لا ولىّ لهم بما رواه فى الكافى عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيّم بماله و كان الرّجل خلّف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلمّا أراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهنّ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته و كان قيامه بهذا بأمر القاضى لأنّهن فروج فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السّلام فقلت له يموت الرّجل من أصحابنا و لم يوص إلى أحد و يخلّف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منّا ليبعهنّ أو قال يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك القيّم قال فقال إذا كان القيّم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس

و تقريب دلالته على العداله أنّ الوجوه المحتمله للمماثله أربعه الأوّل المماثله فى التشيّع و الثّانى المماثله فى الفقاهه الثالث

المماثله فى الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم الرابع المماثله فى العداله و الأوّل بعيد جدّا و إلّا كان المناسب أن يقال إذا كان من أصحابنا أو من أصحابك أو من يعرف أمرنا فلا بأس و الثّانى أبعد لأنّه لو كان كذلك فمفهوم الشّرط أنّه لو لم يكن القيّم فقيها ففيه البأس و هذا ينافى كون التصرف فى مال اليتيم و القيام بأمره من الأمور التى لا تسقط بتعذّر إذن الفقيه فيدور الأمر

بين الاحتمالين الأخيرين

و النّسبه بين الوثاقه و العداله و إن كانت عموما من وجه إلّا أنّه لا شبهه أنّ العدل أيضا لا بدّ من أن يتصرّف فيما هو مصلحه اليتيم فالعداله فى هذا الباب هى الأخصّ من الوثاقه و فى الدّوران بين الخاص و العامّ الخاصّ هو المتيقّن

هذا مضافا إلى اعتبار العداله صريحا فى روايه إسماعيل بن سعد قال سألت الرّضا عليه السّلام عن رجل يموت بغير وصيّه و له ولد صغار و كبار أ يحلّ شراء شى ء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك فإن تولّاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفه أ يطيب الشّراء منه أم لا قال ع إذا كان الأكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك

نعم ظاهر صحيحه على بن رئاب و موثّقه زرعه عن سماعه كفايه الوثاقه و لكنّهما قابلتان للتّقييد بالعداله فمع وجود العدل لا شبهه أنّ المتيقن نفوذ خصوص ما يقوم به نعم مع تعذّره يقوم الفسّاق من المؤمنين بعد عدم احتمال تعطيله لكونه ضروريّا و ممّا يستقل العقل بلزوم وجوده

ثم إنّه لا إشكال فى أنّ ثبوت الولايه للعدل أو الثّقه ليس كثبوتها للفقيه فإنّ الفقيه لو وضع يده على مال اليتيم أو الغائب يخرج المولى عليه عمّن لا ولىّ له و ليس لفقيه آخر مزاحمته و هذا بخلاف ولايه العدل أو الثّقه فإنّ ولايته عباره عن أنّ له أن يفعل فى مال المولى عليه ما يراه صلاحا فما لم يفعل و لم يتصرّف فى المال يجوز تصرّف العدل الآخر

و بعباره أخرى حكم ولايه العدل حكم ولايه الأب و الجدّ فما دام الموضوع باقيا له التصدّى و أمّا ولايه الفقيه فلا يقبل المزاحمه و إن لم يتصرّف بعد لأنّه ولىّ من لا ولىّ له فإذا تحقّق الولىّ فلا ولايه لآخر كما هو مفاد المشهوره السّلطان ولىّ من لا ولىّ له

ثمّ لا يخفى أنّه يستفاد من مجموع الأدلّه أن ولايه الفقيه و العدل و مطلق المؤمن ليس كولايه الأب و الجد حتى يكون لهم التصرّف مطلقا بل الظّاهر منها إناطه جواز التصرّف بما كان صلاحا لليتيم أو الغائب و نحوهما لأن مفهوم قوله ع فى حسنه الكاهلى إن كان فى دخولكم عليهم منفعه فلا بأس أنّه لو لم يكن الدّخول صلاحا لهم سواء كان ضرريا أو لا ففيه البأس و ذكر أحد فردى المفهوم لخصوصيّه موجبه لذكره فى الشّرطيّه الثّانيه لا يوجب أن تكون الشّرطيّه الأولى ساكته عمّا لم يكن فيه صلاح و فساد لأنّ ظاهر الشّرط فى الثّانى أنّ المدار على الأوّل فهو تابع للأوّل مع أنّه لو كان كذلك فمقتضى الأصل و هو عدم ولايه أحد على مال غيره هو اعتبار الصّلاح فلا تعارض بين الصدر و الذّيل و ترك الاستفصال فى روايه مغيره إنّما هو لأنّ الغالب فى الهدايا للأيتام أنّ تبديلها بالثّمن صلاح لهم

[مسأله يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن يكون مسلما]

قوله قدّس سرّه يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن يكون مسلما إلى آخره

لا يخفى أنّ الـدّليل الدالّ عليه الخالى عن الإشـكال و المناقشه هو النّص الوارد فى عبد كافر أسـلم فإنّ أمر الأمير عليه الصّـلاه و السّـلام بالبيع من المسلم و نهيه عن الاستقرار عند الكافر يدلّ بالملازمه العقليّه على عدم تملّك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرّا فهو نظير مـا لو قيـل أزل النّجـاسه عن المسـجد فكما يفهم منه حرمه إدخال النّجس فيه كـذلك يسـتفاد من عـدم اسـتقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك

و ما أفاده المصـنف قدّس سرّه من أنّ عدم الحدوث تابع لعدم الرّضا بالبقاء فكما أن عدم الرّضا بالبقاء لا يدلّ على خروج ملك الكافر عن ملكه بمجرّد إسلام عبده بل هو مجرّد تكليف بعدم

الإبقاء و لا يستتبع وضعا فكذلك عدم حدوثه أيضا ليس معناه عدم تملّكه أصلا بل مع تملّكه له يجب إخراجه عن ملكه ففيه أنّه لا إشكال فى المتابعه و إن حكم الحدوث و يستفاد من حكم الإبقاء إلّا أنّ منع استتباع النّهى عن الإبقاء للوضع مناقض لما هو المستفاد منه قدّس سرّه فى الأصول على ما فى التقرير من أنّ النّهى الرّاجع إلى السّبب يقتضى الفساد كما هو الحقّ فإنّ النّهى إذا تعلّق بنتيجه الفعل و قيل بأنّه لا تقرّوا المسلم تحت يد الكافر يدلّ عقلا على أنّ الكافر مسلوب التصرّف و ليس له إبقاء الملك على ملكه فإذا كان كذلك فى مرحله البقاء يكون كذلك فى مرحله الحدوث أى ليس له إحداث الملك المستقر

و لذلك ذهب المشهور إلى أنّه لو نذر أن يتصدق فليس له بيع المنذور لأنّه بنذره سلب عن نفسه جميع التصرّفات المنافيه للصّدقه و هكذا لو اشترط أن يبيع من زيد أو لا يبيع من عمرو فليس له إلّا البيع من زيد فى الأوّل و لا ينفذ بيعه من عمرو فى الثّانى و ليس ذلك إلّا لأنّ الشّرط أو النّذر يوجب سلب سلطنه المالك على غير العمل بالنّذر أو الشّرط

فحاصل الرّوايه أنّه يجب عليه وضعا البيع من المسلمين و يحرم عليه وضعا البقاء عنده أى إنّه مسلوب التصرّف و لا معنى للفساد إلّا عدم سلطنته على التصرّف و هذا نتيجه حكومه الأدلّه الدالّه على العناوين الثّانويّه كالنّذر و الشّرط و نحو ذلك على العمومات الأوّليّه ک أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و النّاس مسلطون على أموالهم

قوله قدّس سرّه و أمّا الآيه فباب الخدشه فيها واسع إلى آخره

لا يخفى أنّه لو سلّم الخدشه الأولى من جهه أن ظاهر كلمه لن فى قوله عزّ من قائل لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا أن جعل السّبيل للكافر على المؤمن أمر لم يكن و لا يمكن أن يكون أبدا و هذا المعنى غير قابل للتّخصيص مع أنّه لا إشكال فى تملّك الكافر المؤمن بالإرث ابتداء و تملّكه له استدامه كما لو كانا كافرين و أسلم العبد أو كانا مسلمين و ارتدّ المولى فلا بدّ من جعل السّبيل المنفىّ غير الملكيه حتّى لا يلزم تخصيص و لم نقل بأنّ لزوم التّخصيص إنّما هو لو التزمنا أنّ السّبيل مطلق التملّك القهرى و الاختيارى و أمّا لو قلنا بأنّ التملّك القهرى ليس سبيلا له على المؤمن فلا يلزم تخصيص إلّا أنّه لا يرد عليها الخدشه الثانيه و الثّالثه

أمّا الثّانيه فلأنّ تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفّار على المؤمنين لا ينافى الأخذ بظاهرها و هو نفى كلّ ما يعدّ عرفا سبيلا و من أفراده الظّاهره كون العبد المسلم مملوكا له كسائر أملاكه بحيث يكون له جميع أنحاء التصرّف من الاستخدام و بيعه من الكافر و نحو ذلك فإن هذه التّفاسير من بطون القرآن و من المعانى الطّوليّه الغير المستلزمه لاستعمال لفظ واحد فى أكثر من معنى واحد فلا تنافى ما هو ظاهره

و أمّا الثّالثه فلأن مجرّد كون النّسبه بين الآيه و أدلّه صحّه البيع عموما من وجه لا يوجب معامله التّعارض بينهما لأن حكومتها عليها يرفع التّعارض و لا وجه لما أفاده فى قوله و حكومه الآيه عليها غير معلومه لأنّ الحكومه لا تحتاج إلّا إلى كون أحد الدليلين ناظرا إلى الآخر بأن يتعرّض الحاكم إلى عقد وضع المحكوم أو حمله و معلوم أنّ الآيه كذلك بالنّسبه إلى العمومات لو لم يكن هناك محذور فالعمده إباء سياق الآيه عن التّخصيص

و على هـذا فيحمـل الآـيه على نفى السّـلطنه التـامّه لاـ أصـل الملكيّه و مقتضـى نفى التسـلّط التّام أن يكون المالك محجورا عن التصرّف الصّادق عليه الاستيلاء و السّبيل و مجبورا على البيع و بالجمله مقتضى الرّوايه الشريفه

عدم تملّک الکافر المسلم و مقتضی الآیه المبارکه عدم استیلائه علیه و علی هذا ففی الموارد الّتی لا یدخل رقبه المسلم تحت ید الکافر کملک المنافع إذا صدق الاستیلاء علیه لیس له ذلک أیضا کما سیجی ء إذ فرق بین مفاد الآیه المبارکه و الرّوایه الشّریفه فإنّ الآیه غیر ناظره إلی أدلّه المعاوضات و إنّما هی حاکمه علی مثل النّاس مسلّطون لأنّ السّبیل هو السّلطنه التامّه دون التملّک

و أمّا الرّوایه الشّریفه فهی حاکمه علی أدلّه المعاوضات إذا اقتضت الملکیه المستقرّه و لا تشمل الملکیه الاستطراقیّه علی المسلم و لا الملکیه الحاصله للکافر قهرا کالإرث و نحوه کالوقف علیه لأنّ قوله ع لا تقرّوه عنده لا یدلّ علی خروج الملک عن ملک الکافر قهرا بل علی عدم استقراره عنده فلا یدلّ علی عدم حدوثه عنده و إنّما الملازمه بین البقاء و الحدوث تقتضی عدم الحدوث و علی نحو الاستقرار فالعقود المقتضیه للبقاء کالبیع و نحوه محکومه بالرّوایه لا کلّما یوجب الملک و لو آنا ما

قوله قدّس سرّه هذا مضافا إلی أنّ استصحاب الصّحه فی بعض المقامات یقتضی الصّحه إلی آخره

لا یخفی ما فی هذا الکلام من الغرابه فإنّ عدم القول بالفصل مضافا إلی أنّه لا أثر له إلّا إذا رجع إلی الإجماع علی الاتّحاد لا وجه له فی باب مجاری الأصول فإن التّفکیک بین اللوازم و الملزومات لا محذور فیه فإذا جری الأصل فی مورد و لم یجر فی آخر فلا وجه لإلحاق هذا المورد بمورد جریان الأصل

و بالجمله محلّ التمسّک بعدم القول بالفصل إنّما هو الأحکام الواقعیّه لا الأحکام الظّاهریّه و فیها أیضا یتوقّف علی الملازمه القطعیّه بین الموارد و أمّا مجرّد عدم القول بالتّفکیک فلا أثر له

و بعباره أخری استفاده حکم موضوع من موضوع آخر یتوقّف علی أمرین الأوّل أن یکون التّلازم بینهما قطعیا الثّانی أن یکون حکم الأصل الّذی یستفاد منه الفرع ثابتا بالأماره و أمّا إذا لم یکن التلازم قطعیّا أو ثبت حکم أحد المتلازمین بالاستصحاب و نحوه فلا یمکن إثبات حکم الملازم الآخر و لذا یحکم فی مقدار خاصّ من الماء تاره بالقلّه إذا کان مسبوقا بها و أخری بالکثره إذا کان مسبوقا بها و یحکم فی مکان خاص بوجوب القصر تاره و وجوب الإتمام أخری لاختلاف الحاله السّابقه

و أغرب من هذا ما أفاده فی

قوله قدّس سرّه و لا یعارضه أصاله الفساد فی غیر هذه الموارد لأنّ استصحاب الصّحه مقدّم علیها إلی آخره

لأنّه لو کان المدّعی الحکم بالصّحه فی غیر مورد جریان استصحاب الصّحه من باب عدم القول بالفصل بین الموردین و الحکم بالفساد فی غیر مورد استصحاب الفساد من باب عدم القول بالفصل بین الموردین فلا یصحّ الجواب عنه بأن أصاله الفساد محکوم بأصاله الصّحه لأنّ مورد الحکومه إنّما هو لو کان الأصلان واردین فی مورد واحد و أمّا لو کان مورد أحدهما غیر مورد الآخر و لا سببیّه و مسبّبیه بینهما فلا وجه للحکومه فالالتزام بملکیّه الکافر فیما لو کان مسلما و ارتدّ و ما لو کانا کافرین و أسلم العبد و نحو ذلک کالإرث لا یلازم الالتزام بتملّکه بالشراء و نحوه کالهبه و الصّلح بل الوصیّه و الجعاله

و بالجمله مقتضى الرّوايه عدم تملّك الكافر للمسلم و استصحاب صحّه تملّكه فى بعض المقامات لا يقتضى صحّته فى الموارد الأخر سيّما إذا فرضنا وجود أصل موضوعىّ يقتضى الفساد و مقتضى الآيه الشّريفه نفى استيلاء الكافر على المؤمن و سلطنته عليه فالرّوايه خاصّه من جهه لاختصاصها بملك الرقبه

و لا تشمل المنافع و الآيه خاصّه من جهه أخرى و لا تشمل الملكيّه المسلوبه عنها الآثار و أمّا شمولها لملك المنفعه أو الانتفاع إذا فرضنا اقتضاء تملّكه لهما السّلطنه على المسلم و الاستيلاء عليه كالإجاره المطلقه المتعلّقه بجميع منافع الحرّ و العبد المسلمين فلا ينبغى الإشكال فيه

و على هذا فالصّواب أن يقال إن كلّ ما اقتضى استيلاء الكافر على المسلم لا يصحّ من غير فرق بين تمليك المنفعه كالإجاره و تمليك الانتفاع كالعاريه و من غير فرق بين أن يكون المسلم حرّا أو عبدا و كلّ ما لم يقتض ذلك فلا مانع منه مطلقا

و التفصيل بين الذمّه و العين أو بين كون المسلم حرّا و عبدا أو بين كون الكافر مسلّطا على استيفاء المنفعه و استيفاء الانتفاع إن رجع إلى البحث عن الصّغرى و أنّه هل هذا سبيل أو لا فللبحث عنها مجال و أمّا إن رجع إلى البحث عن الكبرى و أنّه هل يشمل آيه نفى السّبيل جميع هذه الأقسام أو لا فلا شبهه أنّه لم يقم دليل خاصّ على خروج بعض الأقسام مع كونه من أفراد العام و لا على إلحاق بعضها بها مع كونه خارجا عنها

فالصّواب هو تنقيح الصغرى حتّى يظهر أنّ الجواز مطلقا كما فى التذكره و غيرها أو المنع مطلقا كما عن الإيضاح لا وجه له فنقول كما أنّه قد تقتضى إجاره الأموال كون العين كالدّار تحت يد المستأجر و قد لا تقتضى ذلك كإجاره الدابّه و السّفينه للحمل فكذلك فى إجاره الأعمال قد تقتضى استيلاء المستأجر على العامل سواء كان هو المؤجر نفسه كالحر أو كان غيره كالعبد و قد لا تقتضى ذلك فالأوّل كالإجاره المطلقه المتعلّقه بجميع منافع الحرّ و العبد و مجرّد أنّ الحرّ ليس قابلا للتملّك و الغصبيّه لا يقتضى سلب سلطنه الكافر فإذا آجر رقبته بحيث كان جميع منافعه للكافر فهذا سبيل منه عليه و هكذا الأجير الخاصّ كما لو استأجر الكافر المسلم فى مدّه من الزّمان لعمل خاصّ بحيث لم يكن للموجر أن يعمل فى هذه المدّه لغير المستأجر الكافر

و بعباره أخرى إذا ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له أن يملك غيره فهذا سبيل منه عليه و الثّانى كالإجاره المتعلّقه بذمّه المسلم كما لو آجر نفسه لأن يخيط له ثوبا أو آجر عبده كذلك فإنّ مجرّد ذلك ليس سبيلا عليه فهذه الإجاره نظير الاقتراض من الكافر فى أنّ مجرّد مطالبه الدّين ليس سبيلا منه عليه

قوله قدّس سرّه و أمّا الارتهان عند الكافر ففى جوازه مطلقا إلى آخره

لا يخفى أنّه من أحكام الرّهن شرعا عند الإطلاق أن تكون العين المرهونه تحت يد المرتهن فإذا كان المرتهن كافرا و كانت العين المرهونه عبدا مسلما لا يمكن أن يؤثر عقد الارتهان ما يقتضيه إطلاقه لأنّ كون العبد المسلم تحت يد الكافر سبيل منه عليه فإذا اشترطا أن يكون عند ثالث مسلم فلا إشكال فى صحّته لأنّ مجرّد إلزامه المسلم بأداء الدّين و فكّه الرّهانه أو إلزامه ببيع العين المرهونه ليس سبيلا منه عليه و لا يشمله الرّوايه الشّريفه أيضا كما هو واضح و أمّا لو لم يشترطا ذلك فتاره يصرّحان بما يقتضى إطلاقه لو لا التّصريح به أيضا فهذا مخالف للكتاب لأنّ مرجعه إلى اشتراط كون الكافر مستوليا على المسلم

و أمّا لو أطلقا فهل يكون الرّهن باطلا أو أنّ نفى السّبيل بنفسه يوجب التّقييد وجهان من أنّ الحكم الشّرعى بنفى السّبيل لا

يمكن أن يقيّد قصد المتعاقدين فمع فرض قصدهما الإطلاق فحكمه حكم ما لو صرّحا بالإطلاق و من أنّ تأثير الإطلاق إنّما هو من باب عدم ما يوجب التّقييد فإذا دلّ نفى السّبيل على عدم صحّه كون المسلم تحت يد الكافر لا على فساد الرّهن فهذا

بنفسه يوجب التقييد و لا يختص صحته بما لو صرّحا بالتقييد و الحكم الشّرعى فى المقام نظير الحكم الشّرعىّ بحرمه صوم يوم العيد فكما أن حرمته تقتضى تقييد النّذر المتعلّق بصوم كلّ يوم خميس بما عدا العيدين فكذلك الحكم الشّرعى فى المقام يقتضى التّقييد بعدم كون العبد تحت يد المرتهن و ممّا ذكرنا من التّفصيل فى باب الرّهن ظهر حكم جميع العقود الأمانيّه

أمّا الإجاره فقد تقدم حكمها و أمّا العاريه فلا تجوز لأنّها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلا و أمّا الوديعه فلا مانع منها لأنّ حفظ الكافر مسلما ليس سبيلا عليه و هكذا توكيل الكافر على بيع المسلم فإنّ مجرّد وكاله الكافر على بيع المسلم من قبل المولى المسلم ليس سبيلا و استيلاء منه عليه و هكذا توكيله فى التّجاره و مطالبه الدّين من المسلم و نحو ذلك

ثمّ إنّه لا فرق فى الكافر بين أن يكون كبيرا أو صغيرا فأطفال الكفّار بحكمهم و لا وجه لإشكال المصنف فى الإلحاق كما أنّه لا فرق فى المسلم بين أن يكون كبيرا أو صغيرا و كذلك لا فرق بين أن يكون مؤمنا أو مخالفا و ذلك واضح

قوله قدّس سرّه ثم إنّه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع إلى آخره

لا يخفى أنّ السّبيل المنفىّ هو الملك المستقرّ بحيث يكون للمالك أنحاء التصرّف و أنواع السّلطنه و الاستيلاء و أمّا مجرّد شراء الكافر من ينعتق عليه أو دخول المسلم فى ملكه مقدّمه للانعتاق فهذا لا يعد سبيلا و سياده و علوّا فالآيه الشّريفه و حديث المسلم يعلو و لا يعلى عليه لا يشملان هذا النّحو من التملّك إنّما الكلام فى صحّه تملّكه بمقتضى النصّ المروىّ عن الأمير عليه السّلام فى بيع عبد أسلم فإن مقتضى كون النّهى عن المسبّب موجبا لعدم حصوله وضعا هو عدم تملّك الكافر بالشراء أصلا فكيف يترتّب عليه العتق و لكن الّذى يهوّن الخطب أنّ الانعتاق على المشترى و لو على القول بالملكيه آنا ما ليس داخلا فى مدلول النّص لانصراف قوله ع و لا تقرّوه عنده عن مثل هذا الملك فإنّ الملكيه بالنّسبه إلى أقسامها من الكلّى المشكّك و هذا الفرد منه ينصرف عنه الكلّى هذا بالنّسبه إلى شراء العمودين

و أمّا بالنّسبه إلى شرائه من ينعتق عليه ظاهرا كما لو أقرّ بحريّه مسلم ثم اشتراه فالحقّ صحّه شرائه و انعتاقه عليه أيضا بمقتضى إقراره و العلم الإجمالى بكونه إمّا صادقا فلا يصحّ شراء الحرّ و إمّا كاذبا فكذلك لعدم صحّه شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان الشّراء غير وجيه لإمكان اختيار كلا الشقّين و الالتزام بصحّته على أىّ حال

أمّا بناء على صدقه فلإدراجه فى المعامله الاستنقاذيّه فإنّه بعد ما ثبت فى الشّريعه صحّه هذا النحو من المعامله فليكن هذا من ذاک كما لو اشترى المسلم مسلما من كافر استرقه فإنّه قيل بأنّ الثمن يدخل فى ملك الكافر بحيث لو حاربه المسلمون و غنموا أمواله الّتى منها الثمن المعين يدخل الثّمن فى فى ء المسلمين و لا يرجع إلى المشترى المسلم

و أمّا بناء على كذبه فلأنّ الكافر و إن لم يملك المسلم إلّا أنّه قد ظهر أنّ الملك الّذى يكون مقدّمه للانعتاق ليس سبيلا من الكافر على المسلم و لا يشمله النصّ أيضا كما تقدم فيملك واقعا و ينعتق عليه ظاهرا لإقراره بحريّته و التّفكيک بين الواقع و الظّاهر فى مورد الإقرار ليس عزيز الوجود

ثم إنّ إقرار المقرّ له على خلاف ما أقرّ به المقرّ لا يبطل إقرار المقرّ فى المقام فتصـدى المولى لبيع العبـد و عدم اسـتنكاف العبد ذلك لا يبطل إقرار الكافر بحريّته و لا يقاس على ما إذا أقرّ المولى بحريّه عبـده و أقرّ العبـد بعبوديّته له و ذلك للفرق بينهما فإنّ إقرار المقرّ له أو مولاه فى المقام

بعبوديّه العبد لا أثر له لأنّه على أىّ حال لا يستقرّ فى ملك الكافر سواء كان حرّا أم عبدا فيسمع إقرار الكافر بحريّه العبد و ينعتق عليه ظاهرا و هذا بخلاف ما إذا أقرّ المولى بحريّه عبده و أقرّ العبد بعبوديّته له

ثم إنّ ممّا ذكرنا يظهر أن قوله قدّس سرّه فتأمّل إشاره إلى عدم العلم التّفصيليّ ببطلان الشّراء لا أنّ العلم الإجماليّ فى المقام لا أثر له و أمّا الثالث و هو العتق بأمر الكافر فأولى بالصّحه من القسم الأوّل لأنّ احتمال شمول النصّ لشراء من ينعتق عليه يجرى فى القسم الأوّل دون هذا القسم و ذلک لأنّ فى مورد الشّراء قد أنشأ الملكيه باللفظ فيمكن أن يقال المنشأ إذا كان منهيّا عنه فلازمه عدم تحقّقه أى فساد المعامله و أمّا قول الكافر أعتق عبدک عنّى و قول المأمور أعتقته عنک فليسا إنشاء للملكيّه صريحا و إنّما قلنا بحصولها آنا ما للجمع بين الأدلّه حيث إنّها دلّت على صحّه استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملى و دلّت على أنّه لا عتق إلّا فى ملک فمقتضاها استطراق الملک من ملک المالک إلى ملک الآمر و خروجه عنه إلّا أن يقال إنه ليس الغرض من النّهى إلّا بيان عدم حصول النتيجه للكافر بأىّ سبب سواء كان من الأسباب المتعارفه أم غيرها و لكنّه قد ظهر أنّ النّص منصرف عن هذا النحو من الملک

و على أىّ تقدير هذه الأقسام الثّلاثه مستثناه من عدم تملّک الكافر كخروج تملّكه بالإرث عن مورد النّص أمّا الآيه المباركه فواضح لأنّها تنفى السّلطنه لا أصل التملّک و أمّا الرّوايه فلأنّها تنفى استقرار الملک و لا تدلّ على خروجه عن ملكه قهرا حتى يقتضى عدم دخوله فيه رأسا لا سيّما إذا كان استطراقيّا كشراء من ينعتق عليه و أولى من ذلک كلّه استيفاء مال محترم بأمر معاملىّ يقتضى دخول المال فى ملک المستوفى الكافر و خروجه عنه فإنّ الملكيه آنا ما للملازمه بين العتق و الملک لا يندرج فى قوله ع لا تقروه عنده

و حاصل الكلام أنه فرق بين شراء العمودين و عتق المسلم بأمر الكافر لأنّهما لا يدخلان تحت كبرى واحده فإنّ شراءه من ينعتق عليه داخل فى الملكيه الصّريحه بخلاف العتق فإنّه لم ينشأ الملک إلّا ضمنا فلا بدّ من قيام دليل آخر يدلّ على المنع عن الملک الضّمنى

و على أىّ حال لا ينبغى الشّبهه فى أنّ شرط البائع على الكافر المشترى عتق العبد المسلم لا يؤثر فى الصّحه لأنّ المبيع قابل لأن يستقرّ فى ملک الكافر بإسقاط المشروط له شرطه و مجرّد تسلّط المشروط له على إلزام المشروط عليه لا يقتضى عدم شمول النصّ لهذا النّحو من الشّراء و إلّا فإنّه مجبور على البيع فى غير مورد الشّرط أيضا فيجب أن يقال بأنّه يملكه من دون شرط

قوله قدّس سرّه ثم إنّ ما ذكرنا كلّه حكم ابتداء تملّک الكافر للمسلم اختيارا أمّا التملّک القهرى فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر أجبر على البيع فمات قبله إلى آخره

لا يخفى ما فى كلامه قدّس سرّه فى ذيل هذا العنوان أمّا أولا فلما ظهر من أنّ آيه نفى السّبيل لا تدلّ على نفى الملكيّه بل هى دالّه على نفى السّلطنه و الاستيلاء فالملک المسلوب عنه الآثار ليس من مصاديق السبيل فلو قيل بأنّ المال ينتقل من المورث الكافر إلى الوارث الكافر بمقتضى أدلّه الإرث ثمّ يحجره الحاكم و يبيعه عليه كحجر المورث لا يرد عليه محذور و الرّوايه

الشّريفه أيضـا لا تـدلّ على نفى التملّك رأسا بحيث ينعتق العبـد المسـلم على الكافر و يخرج عن ملكه إذا كانا كافرين و أسـلم العبد بل تدلّ على

نفی الاستقرار فتختصّ بما إذا حصل له الملک القابل للاستقرار بالأسباب الاختیاریّه کالبیع و نحوه لأنّه هو الذی یجری فیه النّزاع بأنّ النّهی المتعلّق بالمسبّب هل یقتضی الفساد أم لا

و أمّا فی الإرث فلیس هناک سبب و مسبّب حتی یقال إنّ النهی عن المسبّب یقتضی الفساد و بالجمله بعد الفراغ عن عدم خروج العبد المسلم عن ملک الکافر بمجرّد إسلام العبد أو ارتداد المولی بل یبقی علی ملکه و یباع علیه أو یجبر علی البیع و بعد الفراغ عن أنّ الإرث لیس کالبیع بحیث یکون التّبدیل فی طرف الملک بل مع بقاء الملک علی ما کان علیه یتبدّل المالک فلا إشکال فیه و علی هذا لو أجبر الکافر علی بیع عبده المسلم و مات قبل البیع یقوم مقامه الوارث و یکون الملک علی ما کان علیه قبل قیام الوارث مقام مورثه

و أمّا ثانیا فلأنّه لو سلم دلاله آیه نفی السبیل علی نفی تملّک الکافر رأسا حتّی بالأسباب القهریّه فلا وجه لتوهّم معارضتها مع أدلّه الإرث و تساقطهما ثم الرّجوع إلی استصحاب بقاء العبد علی عبودیّته فإنّ الاستصحاب و إن کان جاریا بعد التّساقط إلّا أنّه لا تصل النّوبه إلی التّعارض فإنّ أدلّه نفی السبیل حاکمه علی أدلّه الإرث لأنّها تثبت الإرث للوارث بالعنوان الأولی و لیست ناظره إلی اعتبار الخلوّ عن الموانع و عدمه فکما أنّ الدّلیل الدالّ علی أنّ القاتل لا یرث حاکم علی أدلّه الإرث فکذلک الدّلیل الدالّ علی أنّ الکفر مانع

فالصّواب هو المنع عن شمول آیه نفی السّبیل للمقام لأنّه بعد الفراغ عن عدم خروج العبد المسلم عن ملک الکافر قهرا فالوارث حیث إنّه لیس کالمشتری الّذی یتبدّل ملکه بملک الآخر بل مع بقاء الملک علی ما هو علیه یقوم مقام مورّثه و قیامه مقامه لیس سبیلا علی المسلم لأنّه لم یوجد فی البین سبیل آخر غیر ما کان للمورث بل لو سلّمنا عدم تملّک الکافر أصلا حتّی بالأسباب القهریّه إلّا أنّ الإرث خارج عن هذا العنوان رأسا لأنّه لم یملک الوارث الکافر ملکا جدیدا بسبب قهریّ أو اختیاری بل انتقل إلیه علی ما کان علیه من تملّک الکافر له و لو قیل بأنّ هذا أیضا سبیل فلا بدّ من الالتزام بخروج العبد المسلم عن ملک المورّث و إلّا فلا وجه لعدم قیام الوارث مقامه و أمّا ثالثا فلو سلّم المعارضه فلا وجه لرجوع العبد إلی الإمام علیه السّلام لأنّه ع إنّما یکون وارثا لمن علم أنّه لا وارث له و أمّا لو شکّ فی وراثه غیره لشبهه حکمیّه کما فی المقام و نحوه أو شبهه موضوعیّه کما لو احتمل وجوده فی البلاد البعیده فکونه علیه السّلام وارثا غیر معلوم إلّا أن یقال بمجرّد الشکّ فی وراثه الطبقه السّابقه یتحقّق مورد إرث الطّبقه اللّاحقه و لو لم یحرز عدم کون السّابق وارثا

و فی المقام و إن لم یجر استصحاب عدم کون الکافر وارثا بالعدم النّعتی إلّا أنّ العدم المحمولیّ أیضا کاف لأنّ تملک الوارث العبد الباقی علی رقّیته بالاستصحاب مسبوق بالعدم فإذا جری استصحاب عدم ملکیّته لم ینتقل إلی الإمام و لذا لو شکّ فی تقدم إسلام الوارث علی موت المورّث و تأخّره عنه و لم یکن أصل یحرز أحدهما کما فی مجهولی التّاریخ یرث غیره ممّن هو فی طبقته لو کان و إلّا یرثه الطّبقه اللّاحقه

ثم إنّه بناء علی ما اخترناه من عدم شمول آیه نفی السبیل لإرث الکافر العبد المسلم من الکافر فلا یمکن أن یقاس علیه سائر الأملاک القهریّه لا من باب قیام الإجماع علی ثبوت الإرث کما یظهر عن جامع المقاصد و عدم قیامه فی غیره فإنّ تحقّق

أيضـا ممنوع بـل لمـا ذكرنـا من أنّ الإرث ليس تبـديلا فى الملكيه و هـذا بخلاف سائر الأملاك القهريّه سواء كان سببه قهريّا كـدخول الكافر فى من أوقف عليه العبـد المسـلم أو الانتقال إليه بالانفساخ كما إذا تلف الثّمن الشّخصـى الّذى جعل بإزاء العبد قبـل القبض أم كـان اختياريـا كالملك الحاصل له بفسـخ من انتقل إليه العبـد المسـلم لأنّه ملك جديـد نظير الملك الحاصل له بالشـراء أو الهبه أو المصـالحه فبنـاء على دلالـه آيه نفى السّبيـل على عـدم تملك الكافر لا يصـحّ الفسـخ من ذى الخيار و يبطل الوقف إذا انحصـر الموقوف عليه فى الكـافر لأنّ التملّك بالوقف الخاصّ حكمه حكم التملّك بالمعاوضه و ليس الموقوف عليه مصرفا

قوله قدّس سرّه و يحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم إلى آخره

هذا هو الأقوى لأنّ ظاهر قوله ع اذهبوا فبيعوه على المسـلمين أنّ ولايه البيع ليس له و إلّا كان المناسب أن يقول ألزموه على البيع و على أىّ حال لا شـبهه أنّ الملك لا يزول عنه بمقتضى النّص و الفتوى فما فى الإيضاح من زوال ملك السيّد عنه لا وجه له مع أنّه لو زال فاستـحقاقه للثمن بلا موجب لأنّه لو قلنا بأنّه لو أسـلم العبد ينعتق على مولاه و يصير حرّا فلاستحقاقه للثمن وجه فيجب على العبـد أن يسـعى فى قيمته لتعلّق ثمنه برقبته و أمّا لو لم نقـل بانعتـاقه بـل قلنا بزوال ملكه عنه فيصـير ملكا بلا مالك أو ملكا للمسلمين و على أىّ حال لا وجه لأن يباع من المسلمين و يعطى المولى الكافر ثمنه

و بالجمله الجمع بين زوال ملكه عنه مع بيعه و دفع الثّمن إليه لا محصّل له

قوله قدّس سرّه و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه فالظّاهر أنّه لا خيار له و لا عليه إلى آخره

لا يخفى أنّه لا وجه لجعل موضوع البحث تولّى المالك لبيعه الّذى قـد ظهر عدم ثبوت الولايه له بل الصّواب أن يجعل موضوع البحث تولّى الحاكم أو غيره من المسـلمين فيقال لو لم يسـتقرّ المسـلم على ملك الكافر فمقتضاه أنّ البيع الّذى هو مقدّمه لسلب ملكيه الكافر لا يكون خياريّا لا لمالك العبد و لا لمن انتقل إليه من غير فرق بين الخيارات

و على أىّ حـال فالمحتملات الّتى ذهب إلى كـلّ منهـا قائـل كثيره منها ما ذكرناه من أنّ الكافر لا يملك المسـلم فى غير مورد الإرث و لو كان منشأ التملّك فسخ العقد فلا خيار فى هذا العقد مطلقا لا للكافر و لا للمشترى

و منهـا مقابل هـذا القول و هو عـدم الفرق بين هـذا العقـد و العقود الأخر فيجرى فيه ما يجرى فيه و منها التّفصـيل بين الخيارات الثّابته بالتعبّد الشّرعى كخيار المجلس و الحيوان فلا يجرى و الثّابته بجعل من المتعاقدين صـريحا أو ضمنا كخيار الشّرط و خيار العيب أو الغبن

فلا مانع منه و منها التّفصیل بین الخیارات الثّابته من غیر ناحیه الضّرر فلا یثبت حتّی خیار الشرط و الثّابته من ناحیه الضّرر کخیار الغبن و العیب و نحوهما فیثبت و منها التّفصیل فی الخیارات النّاشئه من الضّرر بین کون المتضرّر مسلما فیثبت و کونه کافرا فلا

و منها ابتناء المسأله علی أنّ الزّائل العائد کالّذی لم یزل أو کالذی لم یعد فلو قلنا بالأول یثبت الخیار لأن الفسخ یجعل الملکیه السابقه کأن لم یزل أو کالذی لم یعد فلو قلنا بالأول ثبت الخیار لأن الفسخ یجعل الملکیه السابقه کأن لم یزل و المفروض أنّ الملکیّه قبل البیع کانت ثابته للکافر فلا مانع من تأثیر الفسخ و عود الملکیّه السّابقه و لو قلنا بالثّانی فلا یمکن أن یؤثر الفسخ لأنّ ما یرجع بالفسخ ملک جدید و الکافر لم یجعل له التملّک الجدید و لا یخفی أنّ مدارک هذه المحتملات مذکوره فی المتن فلا یهمّنا بیانه إنّما المهم بیان أمور ینبغی التّنبیه علیها الأوّل أنّه لو منعنا عن جریان خیار العیب فی هذا العقد فإنّما الممنوع هو التّخییر بین الردّ و الأرش و أمّا الأرش فقط فلا مانع منه کما هو الشّأن فی کلّ مورد تعذّر أحد فردی التّخییر الثّانی سیجیء فی باب الخیارات أنّه لا یمکن أن تکون قاعده لا ضرر منشأ لثبوت الخیار أصلا بل المنشأ له هو تخلّف الشّرط الصّریح أو الضّمنی فی غیر مورد الخیارات المجعوله الشّرعیّه فإذا تخلّف الشّرط فحیث إن المشروط له واجد للشرط و بفقده یتضرّر فیثبت له الخیار الثّالث أن هذه القاعده و هی أنّ الزائل العائد کالّذی لم یزل أو کالذی لم یعد مضافا إلی ما أورده المصنف علیها من أنّها لا تبتنی علی أساس و لا کبری لها لا عقلا و لا شرعا لا تنطبق علی المقام فإنّ هذه القاعده أسّست فیما لو رجع ما انتقل عن المشتری إلیه بسبب جدید أو بفسخ و نحوه و کان له أو للبائع الأوّل الخیار

فلو قیل بأنّ الزائل عن ملک المشتری العائد إلیه بمنزله غیر الزائل أی کأنّه لم یخرج عن ملکه فالمبیع قائم بعینه فللبائع الأوّل أو المشتری الأوّل الفسخ بالخیار و لو قیل بأنّه کالّذی لم یعد أی کأنّه باق فی ملک الثّالث الّذی هو المشتری الثّانی فلیس المبیع قائما بعینه فلیس للبائع و لا للمشتری الأوّل الفسخ و فی المقام ثبوت الخیار من أصله مشکوک أی لم یعلم قابلیّه المبیع للعود حتی یقال إنّ الزائل العائد کالذی لم یزل أو کالّذی لم یعد الرابع أنّ ما أفاده قدّس سرّه فی

قوله و یشکل فی الخیارات النّاشئه عن الضّرر من جهه قوّه أدلّه نفی الضّرر فلا یبعد الحکم بثبوت الخیار للمسلم المتضرّر من لزوم البیع بخلاف ما لو تضرّر الکافر فإن هذا الضّرر إنّما حصل من کفره إلی آخره

من الغرابه بمکان

أمّا أولا فمضافا إلی ما أشرنا إلیه من أنّ نفی الضّرر بنفسه لا یقتضی الخیار أن أقوویّه نفی الضّرر من نفی السّبیل غیر معلومه لأنّ کلا منهما حاکم علی أدلّه الأحکام کقاعده نفی الحرج و لا منشأ لأظهریّه نفی الضّرر من نفی السّبیل بل العکس هو المتعیّن فإنّ آیه نفی السّبیل آب عن التّخصیص

و أمّا قاعده لا ضرر فقابله للتّخصیص بل قیل بوهنها لکثره التّخصیصات الوارده علیها و أمّا ثانیا فالتّفصیل بین المسلم و الکافر لا وجه له لأنّ الکافر لم یقدم علی الضّرر و إنّما أقدم علی الکفر فکیف لا یثبت له الخیار

و بالجمله الإقدام علی نفس الضّرر هو الموجب لعدم جریان قاعده لا ضرر لا الإقدام علی المقدّمات الإعدادیّه لجعل الحکم

الضّرری الخامس ما ذكره جامع المقاصد من أن نفی السّبیل لو اقتضی خروج العقد عن مقتضاه و هو الخیار لاقتضی خروج العبد ابتداء عن ملك الكافر ففیه أنه لا ملازمه بینهما فإنّ تملك الكافر ابتداء بالإرث و نحوه لا یقتضی تملّكه بالفسخ و البیع و نحوهما السّادس ما یظهر

من القواعد من أنّه لا مانع من ثبوت الخيار فى هذا العقد و استرداد القيمه دون نفس العبد لا وجه له أصلا سواء قلنا بتعلّق الخيار بالعين أم بالعقد و سواء كان الخيار للمشترى أم للبائع

أمّا بناء على تعلّقه بالعين فواضح لأنّ حقّ الفسخ و إن لم يكن دائرا مدار بقاء شخص العين و لذا لا يسقط بتلفها إلّا أنّه لا بدّ من تعلّقه بالعين و لا حتى يرد مثلها أو قيمتها فى مورد تعذّر ردّها و المفروض امتناع تعلّقه بها لأنّ الكافر لا يملك المسلم بأىّ سبب سواء كان عقدا كالبيع أم إيقاعا كالفسخ فإذا امتنع تعلّقه بها فلا مقتضى لتعلّقه ببدلها

و أمّا بناء على تعلقه بالعقد فحيث إنّ تعلّقه به ليس إلّا طريقا و وسيله لاسترداد العين فيمتنع تحقّقه أيضا لأنّ أعماله مستلزم لردّ العين إلى المالك إذ لا معنى لأن يكون العين باقيه و يتعلّق الضمان بالبدل و فرضها تالفه و رد مثلها أو قيمتها بلا موجب و الجمع بين الحقين هو بنفسه ليس من الأدلّه بل لو اقتضى الدليل رجوع قيمه العبد إلى الكافر فهو و إلّا يسقط الخيار و سيجى ء فى خيار المجلس تمام الكلام فى شراء من ينعتق على المشترى

ثم إنّه لا فرق فيما ذكرنا بين خيار الكافر أو المشترى المسلم لأنّ تقدير العبد المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله و إن لم يكن سبيلا له عليه إلّا أنّ التقدير يحتاج إلى الدّليل كما فى مسأله أعتق عبدك عنّى و تلف المبيع قبل القبض على ما تقدّم تفصيله و الأدلّه العامّه المثبته للخيارات غير متكفّله للتّقدير و ليست كالأدلّه الخاصّه حتى نلتزم بالتّقدير بدلاله الاقتضاء

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ هذا العقد لا يقتضى الخيار لا للكافر و لو كان أعماله بولايه الحاكم و لا للمشترى لأنّ مقتضى الرّوايه الشّريفه أن كلّ سبب يترتّب عليه تملّك الكافر بالملك المستقرّ لا يؤثر سواء كان عقدا كالبيع و نحوه أو إيقاعا كالفسخ أو ملحقا بأحدهما كالإقاله للملازمه الّتى تستفاد منها و هى عدم الفرق قطعا بين البقاء و الحدوث نعم لا تشمل مثل الإرث و نحوه

[مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر]

قوله قدّس سرّه مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر إلى آخره

لا يخفى أنّه و إن لم يرد النصّ فى المصحف إلّا أنّه لا يبعد إلحاقه بالعبد المسلم بل إلحاق كل كلام منقوش محترم من الرّوايات الوارده فى الأحكام أو الأدعيه و الأذكار به للأولويّه القطعيّه من غير فرق بين أن تكون من المتواتره أو الآحاد لأنّها بعد حجّيتها حكمها حكم المتواتر إلّا أن يمنع القطع بالمناط و إن كان الإلحاق أحوط ثم إنّ هاهنا فروعا من حيث الابتداء و الاستدامه و من حيث شمول الحكم للتّرجمه و عدمه و من حيث الخطوط و غير ذلك مذكوره فى كتب القوم فراجعها

[القول فى شرائط العوضين]

[الأول يشترط فى كلّ منهما كونه متموّلا]

اشاره

قوله قدّس سرّه القول فى شرائط العوضين يشترط فى كلّ منهما كونه متموّلا إلى آخره

قد تقدّم سابقا أنّ البحث فى شرائط المعاوضات فى مقامات ثلاثه و تقدم شرائط العقد و شرائط المتعاقدين و بقى شرائط العوضين فمنها أن يكون كلّ منهما متموّلا أى يبذل بإزائه المال و تقدم أنّ ماليّه الشّى ء إمّا باعتبار قابليته للانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات و نحوها و إمّا للخاصيّه المترتّبه عليه و هو ما يتوقّف الانتفاع به على إتلافه كالحبوبات و الفواكه

ثم الشّى ء الّذى له خاصيّه تاره يكون محلّ ابتلاء عامّه البشر دائما و أخرى لا يبتلى به إلا نادرا ثم إنّ القسم الثّانى قد يتعارف اقتناؤه لرفع الحاجه الاتّفاقيّه أو لا يتعارف فلو كان اقتناؤه متعارفا فلا إشكال فى صحّه المعامله عليه كالأدويه

و العقـاقير و أمّـا لو لم يتعارف ذلك كالخنافس و الديـدان فيفسـد المعامله عليه و إن اتّفق الحاجه إليه لأنّ مناط الماليّه إذا كان بذل المال بإزائه فلا يشمل أمثال ذلك و على هذا فلا يصحّ المعامله على حبّه الحنطه و الماء على الشّاطى لعدم بذل المال بإزائه إمّا لقلّته أو لكثرته و إن قلنا بكونهما مملوكين و لذا يحرم غصـبهما لأنّ النسبه بين الملكيّه و الماليّه عموم من وجه فإنّه قد يكون الشـى ء مالا و ليس بملك كالكلّى قبل اسـتقراره فى الـذمّه و لـذا يبذل بإزائه المال و قد يكون ملكا لا مالا كحبّه الحنطه ثم إنّه كما يعتبر فى العوضين أن يكون مالا عرفا يعتبر أن يكون كذلك شرعا فلو أسقط الشّارع جهه ماليّته العرفيّه كالخمر و الخنزير لا يصحّ جعلهما عوضا و لا معوّضا

ثمّ بناء على التّباين الجزئى بين الملك و المال فلا يصحّ الاسـتدلال لاعتبار الماليّه العرفيّه فى العوضـين بمثل قوله ع لا بيع إلّا فى ملك كما أنّه لا يصحّ فى مورد الشكّ فى كون شـى ء مالا عرفا التمسّك بعمومات صـحّه البيع و التّجاره لأنّ هذه الأدلّه إمضاء لما عليه العرف و العاده فإذا شكّ فى جريان العاده على المعامله بشى ء فبدليل الإمضاء لا يمكن أن يحكم بصحّته

قوله قدّس سرّه ثم إنّهم احترزوا باعتبار الملكيّه فى العوضين عن بيع ما يشترك فيه النّاس إلى آخره

لا يخفى أنّ ظاهر هـذا التفريع تساوى الملكيّه و الماليّه و إلّا كان حقّ العباره أن يقال كما يشترط فى كلّ منهما أن يكون متموّلا كـذلك يشـترط أن يكـون ملكـا فعليّـا و على أىّ حـال لاـ إشـكال فى عـدم جـواز بيع السّـمك فى المـاء و الطير فى الهواء قبل اصطيادهما

و بعبـاره أخرى كلّ ما يباح لجميع النّاس أو المسـلمين لا يجوز بيعه قبل تملّكه بالاصـطياد أو الاحتطاب أو التّحجير و نحو ذلك فإنّ بذل المال بإزائه سـفهىّ فلا يمكن أن يقاس الطّير فى الهواء على بيع الخمر للتّخليل بناء على صـحّته لأنّ الخمر يبقى فيه حق الاختصاص لمن صار خلّه خمرا فيصـحّ بيعه للتّخليل ثم إنّهم كما احترزوا باعتبار الملكيّه عن المباحات الأصـليّه كذلك احترزوا بها عن الأراضـى المفتوحه عنوه فإنّها و إن كانت ملكا إلّا أنّها لجميع المسـلمين لا لمن هى فى يد من عمّرها و أحياها فلا يجوز بيعهـا و شـراؤها فهى من جهه كـالوقف على الجهه الّـذى قـد يعبّر عنه بالوقف العام كالعلماء و المؤمنين و إن كانت هى بنفسـها قسما مستقلا

و توضـيح ذلك أنّ الملك باعتبار المالك على أقسام خمسه الأوّل الملك الطّلق لكلّ شـخص شخص كدار زيد و بستان عمرو و نحو ذلـك من المنقول و غيره و الثّانى ملـك الموقوف عليهم للعين الموقوفه فى الوقف الخـاص الثـالث ملكهم لهـا فى الوقف العـام فالطّـائفه الأولى يملكون منفعتها على نحو الإشاعه و الثّانيه يملكون منفعتها لا على نحو الإشاعه و فى كلا القسـمين يمكن أن يعرضـها الطلقيّه على شـرائط سـيجى ء إنشـاء اللّه تعـالى الرابع ملـك السّـادات و الفقراء للخمس و الزّكـاه فإنّهمـا يملكـانهما بـالقبض الخـامس الملـك المفتوحه عنوه فإنه نحو مسـتقلّ من الملكيّه لها أحكام خاصّه لا تترتّب على غيرها و من جملتها عـدم إمكـان عروض الطلقيه لهـا و لاـ ينـافى ذلـك صـحّه بيعها للإمام ع إذا رأى فيه المصـلحه لأنّه على فرض تسـليم ذلك فموضوع البحث هو جواز بيعها مع قطع النّظر عن إذن الإمام أو موضوعه تعذّر إذنه و مباشرته للبيع كما فى زمان الغيبه

[لا بأس بالإشاره إجمالا إلى جميع أقسام الأرض]

[لا بأس بالإشارة إجمالا إلى جميع أقسام الأرضين]

قوله قدّس سرّه و حيث جرى الكلام فى بعض أقسام الأرضين فلا بأس بالإشاره إجمالا إلى جميع أقسام

الأرضين إلى آخره

حاصل الأقسام أنّ الأرض إمّا موات أو عامره و كلّ منهما إمّا أن يكون كذلك بالأصل أو بالعرض فإذا كانت مواتا بالأصاله أى لم تكن مسبوقه بالعماره أصلا فهى للإمام عليه السّلام و يدلّ عليه الإجماع المنقول بل المحصّل و الأخبار المستفيضه بل المتواتره بل يدلّ عليه الكتاب على ما يستفاد من الأخبار الكثيره من أنّها من الأفعال

ثم لا إشكال فى أنّه لو أحياها الشّيعه يملكها كما هو صريح قوله ع ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله ع كلّما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون إنما الكلام فى أنّ الحليه بالإحياء مختصّه بهم أو تشمل غيرهم من المسلمين بل كل من أحياها مسلما كان أو كافرا ثم هل يملكه المحيى مجّانا أو يجب عليه أداء خراجه إلى الإمام أمّا الكلام فى الجهه الأولى فالحقّ فيه هو العموم و إن كان ظاهر بعض الأخبار هو الاختصاص إمّا لشمول الإذن فى الإحياء و الإباحه و التّمليك لمطلق المسلم فلنبويّين أحدهما قوله ص موتان الأرض للّه و لرسوله ثم هى لكم منّى أيّها المسلمون و ثانيهما قوله ص عادى الأرض للّه و رسوله ثم هى لكم منّى

و أمّا شموله لمطلق من أحياها و لو كان كافرا فلقوله ع فى صحيح محمّد بن مسلم سألته عن الشّراء من أرض اليهود و النّصارى فقال ليس به بأس إلى أن قال أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها و هى لهم و فى صحيح أبى بصير سألت أبا عبد اللّه ع عن شراء الأرضين من أهل الذمّه فقال لا بأس بأن يشترى منهم إذا عمروها و أحيوها فهى لهم إلى آخر الحديث

و لا ينافى ذلك ما يدلّ على تخصيص الشّيعه بذلك فإنّه يمكن الجمع بين الطّائفتين بأنّ الغرض الأصلى من الإذن هم الشّيعه و لكنّه حيث يمتنع تخصيص الإذن بخصوص الشّيعه فأذنوا عليهم السّلام لكلّ من أحياها و نظير ذلك مسأله العدّه فإنّ حكمه تشريعها مختصّه بمورد اختلاط المياه و لكن الحكم عامّ و فى المقام أيضا حكمه الإذن مختصه بالشيعه لتطيب ولادتهم و تحلّ مساكنهم و مناكحهم و لكنّ الحكم عام من حيث توقّف الحليّه على الشّيعه على الحليّه لكلّ من أحياها و إلّا لا يترتّب الغرض فإنّ الأرض الّتى لم يحيها الشيعه لو لم تكن ملكا لمحييها لما جاز للشّيعه التصرّف فى غلّاتها و منافعها فإنّ جواز التصرّف فيها يتوقف على الإحياء و المفروض عدم إحياء الشّيعه لها

و أمّا الجهه الثّالثه و هى تعلّق الخراج بها فالحقّ عدمه و الظّاهر كون الحكم إجماعيّا كما يظهر ذلك بالمراجعه إلى كتاب الخمس و إحياء الموات و أمّا إذا كانت عامره بالأصاله أى لا من معمّر كأطراف الشّطوط و سواحل البحار و الآجام و الغابات فالكلام فيها أيضا من جهات الأولى فى كونها من الأنفال الّتى لا إشكال فى أنّها للإمام عليه السّلام و عدمه و الأقوى كونها منها لقول الباقر و الصّادق عليهما السّلام حيث سئلا عن الأنفال فعدا من جملتها و كلّ أرض لا ربّ لها على ما فى تفسير علىّ بن إبراهيم و لما روى على ما فى المتن أنّ كلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السّلام

نعم ناقش فى هذه الأدلّه صاحب الجواهر و يظهر منه تقييد الأرض الّتى هى من الأنفال بما كانت ميته أو كانت عامره فى يد الكفّار و أخذت منهم من دون خيل و لا ركاب و أمّا العامره الّتى لا يد لأحد عليها فهى من المباحات الأصليّه يملكها كلّ من

حازها فإنّ قوله ع و كل أرض لا ربّ لها

و إن كان مطلقا إلّا أنّه يقيّده قوله ع و كل أرض ميته لا ربّ لها

و أجاب عنه المصنف بأنّ الوصف المسوق للاحتراز و إن كان له المفهوم إلّا أنّه لو لم يكن واردا مورد الغالب و الغالب فى الأرض الّتى لا مالك لها كونها مواتا و لكن الحقّ أنّه و إن لم يكن القيد واردا مورد الغالب فللمنع عن التّقييد أيضا مجال لأنّ التّقييد فى المثبتين منوط بما إذا كان المطلوب صرف الوجود كما فى قوله أعتق رقبه مؤمنه المقيّد لإطلاق قوله أعتق رقبه

و أمّا إذا كان المطلوب مطلق الوجود كما فى قوله أكرم هاشميّا فلا موجب لتقييد إطلاقه بقوله أكرم هاشميا عالما مع أنّا نمنع كون قوله ميته مسوقا لتقييد قوله كلّ أرض بل المسوق له هو قوله لا ربّ لها فمحصّله أنّ كلّ أرض سواء كانت عامره أم ميته إذا لم يكن لها رب فهى للإمام فتخرج ما كان لها ربّ فهذا التّقييد تقييد لإطلاق ما دلّ على أنّ جميع الأراضى للإمام ع

الثانيه فى أنّه هل تملك هذه بالحيازه أم لا و الأقوى أنّها فى هذا الحكم كالموات بالأصاله تملّك بوضع اليد عليها لا لما استدل به المصنف قدّس سرّه من عموم النبوى من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به لأنّ هذا العموم فى مقام بيان أحقّيه السّابق و عدم جواز مزاحمته و هذا يفيد فيما إذا ثبت استحقاق كلّ أحد فى السّبق إليه كالرباطات و الخانات و المساجد و المدارس الموقوفه على عموم من يستوفى منافعها و ليس بصدد بيان أنّ كلّ شى ء يتعلّق به حق بالسّبق إليه

هذا مضافا إلى أنّ الحقّ ظاهر فى غير التملّك بل لما ورد أنّهم ع أباحوا لشيعتهم ما كان لهم ثم إن أكثر ما ورد فى هذا الباب و إن كان مختصّا بخصوص الشيعه إلّا أنّه قد تقدم أن مقتضى تعليلهم ع الإباحه بأن تطيب ولاده الشيعه كون التملّك بالتصرّف عاما لكلّ أحد و ممّن صرّح بذلك الشّهيد فى حواشيه على القواعد عند قول العلّامه و لا يجوز التصرّف بغير إذنه و الفائده حينئذ له قال و لو استولى غيرنا من المخالفين عليها فالأصحّ أنّه يملك لشبهه الاعتقاد كالمقاسمه و كتملّك الذمّى الخمر و الخنزير فحينئذ لا يجوز انتزاع ما يأخذه المخالف من ذلك كلّه و كذا ما يؤخذ من الآجام و رءوس الجبال و بطون الأوديه لا يحلّ انتزاعه من أخذه و إن كان كافرا و هو ملحق بالمباحات المملوكه بالنيّه لكلّ متملّك و آخذه غاصب تبطل صلاته فى أوّل وقتها حتى يرده انتهى

الثّالثه أنّ هذا القسم أيضا كالسّابق لا خراج عليه كما يظهر من أخبار التّحليل فراجع و أمّا إذا كانت مواتا بالعرض إمّا لاستيلاء الماء عليها بأن غرقها و إمّا بانقطاع الماء عنها و إمّا باستيجامها بما لا ينتفع به أو بنحو ذلك ممّا تعدّ ميته فهى على قسمين قسم كانت معموره بالذات و قبل أن يملكها أحد عرض لها الموت فهذا لا إشكال فى كونها للإمام ع و قسم كانت مواتا بالأصل ثم عمّرها معمّر فماتت أو كانت عامره و تملّكها أحد ثم ماتت ففيه قولان أحدهما بقاؤها على ملك مالكها و ثانيهما صيرورتها فى حكم الموات الأصليّه فيملكها الإمام ع ثم يملكها كلّ من عمّرها ثانيا

و قد ذكروا قولا ثالثا لم يشر إليه المصنف فى المقام و هو الفرق بين ما إذا ملك المالك لها حال العماره بالشراء أو العطيّه أو نحو ذلك و بين ما إذا ملكها بالإحياء فإذا ملكها بالشّراء و ما يلحق به لا يزول ملكه بعد موتها و لا يصحّ لأحد إحياؤها إلّا بإذنه و أمّا إذا ملكها بالإحياء و ماتت

فتملّک بالإحیاء و أصل هذا التّفصیل من التّذکره قال لو لم تکن الأرض الّتی من بلاد الإسلام معموره فی الحال و لکنّها کانت قبل ذلک معموره و جری علیها ملک مسلم فلا یخلو إمّا أن یکون المالک معیّنا أو غیر معیّن فإن کان معیّنا فإمّا أن ینتقل إلیه بالشّراء أو العطیّه و شبهها أو بالإحیاء فإن ملکها بالشّراء و شبهه لم تملک بالإحیاء بلا خلاف قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء علی أنّ ما عرف بملک مالک غیر منقطع أنّه لا یجوز إحیاؤه لأحد غیر أربابه إلی آخره

و لا یخفی أنّ الظّاهر من هذا الکلام جریان التّفصیل فی الملک الّذی کان عامرا بالأصل ثمّ تملّکه أحد ثم مات الملک بعد انتقاله إلی غیر من تملّکه بالشّراء لأنّ التملّک بالشراء إذا کان له خصوصیّه فیجری علیه أحکامه مطلقا کما أنّه لو کان التملّک بالإحیاء له خصوصیّه فیجب أن لا یکون فرق بین ما إذا عرض الموت فی ملک المحیی أو فی ملک وارثه أو من انتقل إلیه بالشّراء و بالجمله لم یعلم مورد هذا التّفصیل فی أنّه فی ملک المعمور بالأصاله أو المعمور بالإحیاء

و علی أیّ حال لا نعرف وجها للفرق بین عروض الموت علی ملک من کان مالکا له بالشّراء و نحوه أو مالکا له بغیره من الإحیاء و التملّک بالأخذ و التصرّف و علیک بمراجعه کتاب إحیاء الموات و أمّا إذا کانت عامره بالعرض فهی ملک للمحیی بالشّروط الخمسه المذکوره فی کتاب إحیاء الموات ثم إذا کان محییها مسلما فملکها لا یزول إلّا بالنّقل إلی غیره أو بعروض الموت علیها ثانیا بناء علی أحد القولین فی الصوره السّابقه و أمّا إذا کان کافرا فبناء علی ما اخترناه من أنّه یملکها بالإحیاء سواء کان فی بلاد الإسلام أو الکفر فملکها إذا کان فی بلاد الإسلام حکم ملک المسلم و إذا کان فی بلاد الکفر فیمکن أن یزول بالاغتنام أیضا و أمّا لو قلنا بأنه لا یملک فهی باقیه علی ملک الإمام علیه السّلام

قوله قدّس سرّه ثم ما ملکه الکفّار من الأرض إمّا أن یسلم علیه طوعا إلی آخره

لا یخفی أنّه قدّس سرّه بعد ما بیّن أقسام الأرضین و حکمها إجمالا أراد أن یبیّن حکم الأرض المفتوحه عنوه و هی مبیّنه بحسب المفهوم و هی عباره عن أرض فتحت قهرا بالخیل و الرّکاب أی رفعت ید الکافر عنها بغلبه من المسلمین إلّا أنها مجهوله مصداقا و المسلم منها علی ما یظهر من التواریخ المستفیضه و الأخبار المتظافره هی أرض العراق المعروفه بأرض السّواد المشهوره بما بین النّهرین علی حدودها المعیّنه و هی ملک للمسلمین بشروطها المعروفه الّتی منها إذن الإمام بالمقاتله و لا شبهه فی حکمها إذا کانت مشتمله علی الشّرائط فإنّها لا یجوز بیعها مستقلّا علی ما یظهر من الأخبار

و ما استدلّ به المصنف من الوجوه و إن لم یخل بعضها عن قصور فی الدّلاله کروایه إسماعیل الهاشمی إلّا أنّ من المجموع یستفاد عدم جواز بیعها علی نحو سائر الأراضی و لکن الّذی یهوّن الخطب أنه لا فائده فی البحث عن حکمها بعد تقیید موضوعها بما إذا کانت عامره حال الفتح و أمّا إذا کانت مواتا فهی للإمام ع فیملکها کل من أحیاها

و علی هذا فلا مانع من شراء کلّ ما احتمل کونه مواتا حال الفتح فإنّ ید من علیها أماره علی کونها ملکا له و لا یبعد أن یکون منشأ سیره الخلف عن السّلف علی بیع ما یصنع من تراب أرض العراق من الآجر و الکوز و الأوانی و التربه الحسینیّه علی مشرّفها آلاف السّلام و التحیّه عدم إحراز کون هذه الأراضی معموره حال الفتح و مجرّد العلم الإجمالی

بعماره أغلب أراضى العراق لا أثر له بعد عدم كون جميعها محلّا للابتلاء

نعم لو أحرز عماره أرض خاصّه حال الفتح و لم يحتمل عروض الموت عليها أو استصحب بقاءها على عمارتها إلى الآن فيجرى فيه الاحتمالات بل الأقوال الخمسه و أوفقها بالقواعد هو توقف التصرّف فى زمان الغيبه على إذن الفقيه أو السّلطان الجائر الّذى حلّ قبول الخراج و المقاسمه منه بناء على ما تقدّم فى كتاب المكاسب أنّه يستفاد من الأئمّه عليهم السّلام الإذن العام للتصرف فيما يأخذه الشيعه بإذن سلطان الجور

و بالجمله مع الشكّ فى كون أرض ميته أو محياه أو مع العلم بكونها ميته كأرض الغرى على مشرّفها و أولاده الطّاهرين آلاف التحيّه و السّلام فلا مانع من شرائها و التصرّف فيها بجميع أنحاء التصرّف

[و اعلم أنّه ذكر الفاضلان بعد الملكيّه كونه طلقا]

اشاره

قوله قدّس سرّه و اعلم أنّه ذكر الفاضلان و جمع ممّن تأخّر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكيّه كونه طلقا إلى آخره

لا يخفى أنّ مقصود الأساطين من هذا الشّرط اعتبار أمر آخر فى العوضين مضافا إلى أصل الملكيّه و هو كون المالك تامّ السّلطنه و عدم كونه محجورا عن التصرّف إمّا لقصور فى المقتضى كما إذا كان ملكه محدودا كالوقف الخاصّ فإنّ الموقوف عليه فى هذا الوقف و إن كان مالكا للعين الموقوفه على ما هو الحق كما اختاره المشهور إلّا أنّه لا يصحّ بيعه لها لأنّ البيع الموقت لا يصحّ فى الشّرع و إمّا لوجود المانع كالرهانه و الجنايه و الاستيلاد فلا يرد عليهم ما أفاده المصنف من أنّ مرجع هذا الشّرط إلى أنّه يشترط فى البيع مثلا أن يكون متعلّقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصّل له لأنّه عباره أخرى عن أنّه يشترط فى المبيع صحّه بيعه

ثم إنّه قدّس سرّه وجّه اعتبار هذا الشّرط بقوله فالظّاهر أنّ هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أمّ الولد بل الشّرط فى الحقيقه انتفاء كلّ من تلك الحقوق إلى أن قال فالتّعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعه عن التصرّف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر فى الفروعيّه و الأصاله بالعكس إلى آخره و لكنّك عرفت أنّ الأمر بالعكس و أنّ الطلقيّه شرط و عدم جواز بيع الوقف و نحوه فرع له لأنّ الطلقيّه عباره عن عدم قصور السّلطنه و يتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف و نحوه

و على أىّ حال الحقوق المانعه عن الاستقلال بالبيع و إن عدّت أكثر ممّا ذكره الأساطين و قد أنهاها صاحب المقابس إلى أزيد من عشرين إلّا أن بعضها ليس داخلا فى الحقوق المانعه كحقّ الشّفعه و بعضها يرجع إلى هذه الثلاثه بل أمهات الحقوق اثنان و لذا يقال فى تمييز الحقّ إنّه هل هو من قبيل حقّ الجنايه أو من قبيل حقّ الرهانه نعم بعضهم جعل تعلّق حق السّادات و الفقراء

بالخمس و الزكاه حقّا برأسه و أصلا مستقلّا

[مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعا]

اشاره

قوله قدّس سرّه لا يجوز بيع الوقف إجماعا إلى آخره

لا يخفى أنّ موضوع البحث هو الوقف الخاص و قد استدلّ على بطلان بيعه بأنّ حقيقه الوقف تقتضى ذلك لأن معناه لغه إيقاف الشّى ء فإذا أنشأ الواقف هذا المعنى الّذى عرف فى النبوى المعروف بحبس الأصل و سبل الثّمره و عرفه الأصحاب بقولهم تحبيس الأصل و تسبيل الثّمره فينافى البيع مع مقتضاه

و لكنّه لا- يخفى أنّ مجرّد كون المنشأ وقف الشّى ء لا يقتضى لزومه و عدم جواز بيعه من الواقف أو الموقوف عليه فإنّ الهبه تمليك من المتّهب مع أنه يجوز

الرّجوع فيه نعم لو انضمّ إلى ذلک أمران آخران أحدهما بالنّسبه إلى الواقف و هو خروج العين عن ملكه فرجوعها إليه يتوقّف على دليل و ثانيهما بالنّسبه إلى الموقوف عليه و هو أنّ الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فليس لغيره التّبديل لأن أهله جعله حبسا و موقوفا فإطلاقه أو تبديله لا بدّ له من دليل و عمده الدّليل على عدم نفوذ بيعه هو الأخبار الخاصّه المذكوره بعضها فى المتن

و أقوى دلاله منها هو قوله ع صدقه لا تباع و لا توهب فإنّ الظّاهر أنّ قوله لا تباع صفه لقوله ع صدقه الّتى هى المفعول المطلق النّوعى فمرجع هذا الكلام إلى أنّ سنخ هذه الصّدقه سنخ من صفتها و من أحكامها شرعا عدم جواز بيعها و لا هبتها و الغرض من هذا التّوصيف الإشاره إلى القسم المعروف من الصّدقه و هو الوقف و احتمال كونها صفه لشخص هذه الصّدقه أو ما يرجع إلى ذلک بأن يكون شرطا خارجيا من الواقف لا صفه للنوع بعيد غايته فإنّه بلا قرينه و هذا بخلاف كونه صفه للنوع فإنّه يكفى فى كونه كذلک قوله صدقه الّتى هى المفعول المطلق النّوعى

هذا مضافا إلى أنّه لو كان شرطا لاقتضى تأخّره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم مع أنّ التّعبير عن الشّرط بمثل هذا الكلام فى غايه البعد و بالجمله ظاهر ما ورد عنهم فى بيان الأوقاف هو أنّ الوقف ملازم لعدم الانتقال فإنّ من مجموع الروايات يظهر أن مثل قوله ع لا تباع و لا توهب و مثل قوله ع لا يحلّ لمن يؤمن باللّه و اليوم الآخر أن يبيعها و لا يبتاعها إلى آخر الحديث فى مقام بيان ما يقتضيه الوقف بحسب الحكم الشّرعى لا بيان شرط خارجىّ فالعمده ظهور الرّوايات فى ذلک لا ما أفاده المصنف بقوله مع أنّه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع فإنّه مضافا إلى ما تنبه عليه فقال مع أنّ هذا التّقييد ممّا لا بدّ منه سواء قلنا بأنّ قوله ع لا تباع صفه للنوع أو الشّخص يرد عليه أنّ جواز البيع شرعا لا ينافى اشتراط الواقف عدم البيع فإنّ الجواز فى مورده إنّما يكون منافيا لمقتضى قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فيخصّص بأدلّه الجواز سواء كان عدم البيع وصفا نوعيا أو شرطا خارجيّا

و بعباره أخرى جواز البيع فى بعض الموارد لا ينافى ما أنشأه الواقف بل ينافى حكمه الّذى ثبت بقوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها لأنّ مرجع هذا الكلام إلى أنّ ما أنشأه الواقف ممضى فيخصّص دليل الإمضاء بما دلّ على جواز البيع فى بعض الموارد كما أنّه لو كان قوله ع لا تباع و لا توهب وصفا نوعيا لكان دليل الجواز مخصّصا له أيضا

و حاصل الكلام أنّ شرط الواقف على الموقوف عليه عدم بيع العين الموقوفه ليس منافيا لجواز البيع شرعا فى بعض الموارد لأن الواقف لا يشترط عليه أن لا يكون الحكم الجوازى أصلا حتى مع طروّ المسوّغ للبيع بل يشترط أمرا خارجيا لا يقتضيه حقيقه الوقف و لا إطلاقه بناء على أن لا يكون عدم البيع وصفا للنّوع و الشّارع أمضى هذا الشرط بقوله الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و استثنى منه مورد طروّ أحد موجبات جواز البيع

كما أنه لو كان عدم جواز البيع وصفا نوعيّا و من أحكام مطلق الوقف فلا مانع من تخصيصه ببعض الموارد و من ذلک يظهر النّظر فى ما أفاده فى بيان لزوم التّقييد بناء على

أن يكون الوصف وصفا للنّوع دون ما إذا كان شرطا خارجيّا من أنّه لو كان شرطا خارجيّا من الإمام عليه السّلام يستغنى علمه بعدم طروّ الأمور المبيحه عن تقييد إطلاق عدم البيع بعدم طروّ هذه الأمور دون ما إذا كان وصفا للنّوع فإنّ العلم بعدم طروّ هذه الأمور فى شخص هذا الوقف الصّادر منه عليه السّلام لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النّوع فإنّه بعد ما كان دأب الأئمّه عليهم السّلام اتّكالهم على القرائن المنفصله فهذا الوصف و إن كان للنّوع إلّا أنّه لا يلزم أن يكون التّقييد بعدم طروّ المسوّغ متّصلا بهذا الكلام

و بالجمله حكم الشّارع بأنّ الوقف لا يباع و لا يوهب أو حكمه بأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها قابل للتّقييد ثم لا يخفى أن دعوى انصراف المطلق إلى البيع لا لعذر و إن كان الشّرط شرطا خارجيا لا محصّل لها لأنّ الشخص الخارجى و إن أمكن تصوير الإطلاق له باعتبار الحالات إلّا أنّ الانصراف إلى بعض الأفراد دون بعض يختص بالكلّى المقول بالتّشكيك و أمّا الشّخص فلا يتصوّر فيه التّشكيك فى الماهيّه أو الوجود نعم يمكن التفاوت بين الأحوال فى غلبه الوجود و عدمها إلّا أنّ هذا انصراف بدوىّ لا اعتبار به

قوله قدّس سرّه و ممّا ذكرنا ظهر أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثه إلى آخره

لا يخفى أنّ ما أفاده قدّس سرّه قد سبق إليه بعض الأعلام أيضا فقال فى الوقف حقوق ثلاثه حقّ اللّه سبحانه و حقّ الواقف و حقّ البطون و نظير ذلك ذكر فى العبد المشروط عتقه فقيل يتعلّق به حقوق ثلاثه حق اللّه سبحانه و حقّ المشترط و حقّ العبد و لكنّك خبير بأنّ تعلّق حقّ من اللّه بالوقف لا معنى له إلّا بمعنى إطاعه حكمه و امتثال أمره بمقتضى حكمه المستفاد من قول سفرائه الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها

و أمّا تعلّق حقّ إلهى مقابل للحكم كتعلق حقّه بالخمس بمقتضى قوله عزّ من قائل وَ اعْلَمُوا أَنَّمٰا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ إلى آخره فلا دليل عليه و مجرّد أنّ الواقف يطلب الأجر و الثواب و على اللّه سبحانه عوضه لا يوجب أن يثبت حقّ من اللّه سبحانه على العين الموقوفه

و أمّا حق الواقف فبمجرّد وقفه تخرج العين الموقوفه عن ملكه أنشأ التأبيد أم لا كان الحبس من منشئاته أم لا لأنّ العين على جميع التّقادير ليست متعلّقه لحقه و كون الوقف صدقه جاريه ينتفع بها لا يقتضى أن يكون العين متعلّقا لحقّه و إن توقّف انتفاعه بها على بقائها موقوفه فضلا عمّا إذا لم يتوقّف عليه فإنّ الثّواب و الأجر يمكن أن يترتّب على نفس الوقف بقصد البقاء إلى الأبد و إن لم يبق كذلك

و أمّا حقّ البطون فمع عدم وجودهم كيف يتعلّق حق لهم بالعين فإنّ المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا يكون ذا حق مع أنه لو قيل به فإنّما يمنع حقّهم عن بيع العين و صرف ثمنها إلى الموجودين و أمّا لو اشترى به بدلها يتعلّق به حقهم على نحو تعلّقه بالمبدل فلا مانع منه

فالعمده من الأدلّه المانعه هى الأخبار الدالّه على عدم جوازه لا سيّما قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فإنّ الواقف

حيث ينشئ الوقف الّذى هو عباره عن حبس المال و إيقافه و قد أمضاه الشّارع بقوله الوقوف فلا يجوز تغييره عمّا جعله و أنشأه

قوله قدّس سرّه ثم إنّ جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف إلى أن يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه إلى آخره

لا يخفى أنّ ما أفاده هو الحقّ الّذى لا محيص عنه

و ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه تبعا لأستاده

کاشف الغطاء لا یمکن الالتزام به لأنّ غایه ما یوجّه به کلامهما علی ما یظهر من عبارتهما أنّه یشترط فی صحّه البیع الطّلقیّه فلا بدّ أولا من بطلان الوقف لطروّ المجوّز حتی یصحّ بیعه و إلّا فبقاء الوقف مع صحّه البیع متضادان

و ببیان آخر نفس حقیقه الوقف تقتضی عدم جواز بیعه فکل مورد قیل بصحّه بیعه یجب أن یقال ببطلان الوقف أولا حتّی یصحّ بیعه و لا یخفی أنّه بناء علی هذا البیان الأخیر لا یرد علیهما النقض بجواز الرّجوع فی الهبه للفرق الواضح بین الهبه و الوقف فإنّ الهبه لیس من مقتضاها إلّا تملیک المتّهب لا عدم جواز الرّجوع فیه بخلاف الوقف فإن مقتضاه وقوف العین علی حالها فینافیه بیعها

فالصّواب أن یقال فی ردّهما إنّه علی فرض أن یکون عدم البیع مأخوذا فی قوامه و حقیقته إلّا أنّ هذا المعنی ما لم یمضه الشّارع لا أثر له و الحکم الممضی قابل للتّخصیص فالأولی هو البیان الأوّل و هو اعتبار الطّلقیّه قبل البیع فی صحّته حتّی یرد علی المحلّ القابل و الجواب عنه أوّلا عدم إمکان إلزامهم ببطلان الوقف مطلقا بمجرّد طروّ المسوّغ فإن من موارد جواز بیعه شدّه حاجه أربابه و لا شبهه أنه لو ارتفع ضرورتهم قبل البیع یبقی الوقف علی حاله و لا یمکن أن یبطل الوقف بطروّ الضّروره و یعود بارتفاعها لأنه لا دلیل علی عوده بعد بطلانه و ثانیا أنّ صحّه البیع لا تتوقّف علی الطلقیّه قبله بل یکفی جوازه للبائع و قابلیّه المبیع له و لذا یصحّ لذی الخیار بیع ما انتقل عنه و بنفس البیع ینفسخ العقد الأوّل و بالجمله لا دلیل علی المنع عن البیع إلّا کون العین موقوفه و بعد أن ثبت جواز بیع العین الموقوفه نستکشف منه عدم اعتبار الطّلقیّه قبل البیع بل قابلیّه البیع و مالکیّه البائع و سلطنته علیه یکفی فی صحّه البیع فعلی هذا لا الوقف مانع عن البیع و لا البیع یعتبر فی متعلّقه أن لا یکون وقفا قبله نعم البیع و الوقف لا یجتمعان

قوله قدّس سرّه إذا عرفت أنّ مقتضی العمومات فی الوقف عدم جواز البیع فاعلم أنّ لأصحابنا فی الخروج عن عموم المنع فی الجمله أقوالا إلی آخره

لا یخفی أنّ موضوع البحث و إن کان الوقف الخاصّ إلّا أنّ الأولی ذکر جمیع أقسامه علی الإجمال و بیان أحکامها علی مقتضی الأصل فنقول للوقف أقسام خمسه الأوّل وقف المشاعر کالمسجد و المشهد و لا یبعد إلحاق الحسینیّه بهما و هذا هو الّذی یقال إنّه تحریر و فکّ ملک أی إبطال للملکیّه و لیس تملیکا للمسلمین فهو بمنزله عتق العبد الثّانی ما یلحق بالأوّل کوقف الخانات و القناطر و ما یشبه ذلک مما یوقف لانتفاع کلّ من سبق إلیه فإنّه أیضا تحریر

الثّالث ما کان وقفا علی الجهه کالوقف علی العلماء و طلّاب المدارس و الزوّار و نحو ذلک و الفرق بینه و بین القسمین الأوّلین أنّ الوقف فی هذا القسم لیس تحریرا و إدخالا له فی المباحات بل تملیک للجهه و لذا لو غصبه غاصب یحکم بضمانه دون الأوّلین الرابع ما کان وقفا خاصا کالوقف علی الذریّه فی مقابل القسم الثالث الّذی یطلق علیه الوقف العام أیضا

ثم هذا القسم قد یکون مؤبّدا و قد یکون منقطع الآخر أی تاره یجعله بعد فرض انقطاع الذریّه لمصرف خاصّ و قد لا یجعله کذلک الخامس الوقف علی الموقوفات کالحصیر علی المسجد أو الفرش علی المدارس و الفرق بینه و بین القسم الثّالث أنّ فی

القسم الثّالث يملك الموقوف عليه المنفعه و لذا

يصحّ إجارته أمّا هذا القسم فمجرّد إباحه الانتفاع

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ مقتضى الأصل عدم جواز بيع القسم الأوّل و الثانى لخروجهما عن الملكيه و تلف ماليّتهما شرعا و مقتضى الأصل جواز بيع القسم الخامس إذا لم يمكن الانتفاع به لأنّ الواقف و إن أوقف عين الرقبات و لكن حيث إنّها ممّا تزول خصوصيّتها الشّخصيه فكأنّه وقفها بمراتبها و تعلّق نظره أوّلا بشخصيّتها ثم بماليّتها فإذا لم يمكن الانتفاع بشخصيّتها الخاصّه فيتعلّق بماليّتها فللحاكم أو المتولى تبديلها و يصير بدلها وقفا كما تقدّم نظير ذلك فى باب اليد فإنّ العين المضمونه ما دامت موجوده يجب ردّها بشخصها و إذا تلفت أو حيل بينها و بين مالكها يردّ ماليّتها

و أمّا القسم الثّالث و الرّابع فالأقوى إلحاقهما بالقسم الخامس لأنّهما ليسا من التحرير و إتلاف الماليّه بل الثالث تمليك للجهه و الرابع تمليك لأشخاص خاصّه فإذا توقّف انتفاع الجهه أو الأشخاص على تبديله فلا مانع منه فيكون ثمنه وقفا بعد بيعه و إذا اشترى به شيئا صار وقفا من دون توقّف على إجراء صيغه الوقف و على هذا فديه العبد الموقوف على الجهه أو على الذريّه حكمها حكم العبد فى صيرورتها وقفا بناء على كونها بدلا عن العبد أو عن الجنايه الوارده عليه لا كونها غرامه تعبّديه

و حاصل الكلام أنّ ما كان تحريرا أو فكا للملكيه و إتلافا للماليّه فليس مالا حتّى يصحّ بيعه أو إجارته أو صلحه أو هبته و ما عن كاشف الغطاء من أنّه لا يصحّ بيعه لا لعدم تماميّه الملك بل لعدم أصل الملك و لكنّه يصحّ إجارته للزراعه مع اليأس عن الانتفاع به فى الجهه المقصوده مع مراعاه الآداب اللّازمه إذا كان مسجدا إلى آخر ما أفاده لا نعرف وجهه و هو أعرف بمدارك فتاواه

و كلّما لم يخرج عن الملكيه كوقف الدّكان على الطّلاب أو وقف الدار على الذريّه أو وقف الحصير على المسجد أو أجزاء بنيان المسجد كالجذوع و الآجر و نحو ذلك الّتى هى ملحقه بالحصير الّذى يوقف على المسلمين و يوضع فى المسجد لانتفاعهم فحيث إنّه ملك غايه الأمر ليس طلقا فلا مانع من بيعه إذا طرأ ما يوجب بيعه و رأى ولىّ الموقوف عليه المصلحه فى ذلك

و على هذا فلا يقال كيف لا يجوز بيع المسجد و يصحّ بيع جذوعه إذا انكسر و ذلك لأنّ ما وقع عليه التّحرير هو نفس الأرض لا أجزاء بناء المسجد و ممّا ذكرنا ظهر الملازمه بين بقاء الملكيه و تعلّق الضّمان به فلو ثبت فى مورد عدم الضّمان نستكشف أنّه تحرير لا وقف على الجهه كما أنّه لو ثبت فى مورد أنّه تحرير نثبت به عدم الضّمان و الجمع بين كلمات العلماء غير ممكن و استفاده الاتّفاق منهم مطلقا أو فى مورد خاصّ ممتنع و عليك بمراجعه المتن فإنّه قدّس سرّه قد بذل جهده فى استقصاء الكلمات شكر اللّه سعيه

و كيف كان الفرق بين بناء المسجد و نحوه و العرصه واضح فإنّه لو جعل شخص عرصه مبنيّه بالأخشاب و الآلات مسجدا و وقفها كذلك فالعرصه لا يجوز بيعها و أما الآلات فيجوز لأنّه لو جعل ما يعرض عليه الخراب و الانهدام وقفا يتعلّق النّظر لا محاله بالأعمّ من نفس العين بخصوصيّتها و من ماليّتها و هذا بخلاف نفس الأرض فإنّها قابله للبقاء فلا يجوز بيعها و لا ينافى ذلك

كون المجموع من الأرض و البناء وقفا بصيغه واحده لأنّ اختلاف أجزاء الموقوفه إنّما هو لاختلاف حقيقتها فيلحق كلّ جزء حكمه

ثم إنّه قبل بيان المسوّغات للبيع

لا بأس بالتّنبيه على فروع الأوّل أنّه لو بيع العين و اشترى بثمنها عين أخرى فهل حكمها حكم العين الأولى فى أنّه لا يجوز بيعها إلّا بطروّ المسوّغ أو يجوز بيعها و تبديلها إذا رأى المتولّى المصلحه مطلقا وجهان و الأقوى الثّانى لأنّ عدم جواز البيع ليس من إنشاء الواقف حتى يقال إن حكم البدل حكم المبدل بل هو من أحكام الوقف شرعا و الحكم الشّرعى إنّما ثبت فى نفس العين الّتى وقفها الواقف دون العين الأخرى الّتى اشتريت بثمن العين الأولى

و بالجمله وظيفه الواقف ليس إلّا إيقاف العين و ليس حكم الوقف من منشئات الواقف و ليس له إنشاؤه و ليس حكم البدليّه إلّا تعلّق حقّ البطون اللّاحقه فى الوقف الخاصّ أو تعلّق حق الجهه فى الوقف العام بالبدل و تعلّق حقّهم به لا يقتضى عدم جواز بيعه للمتولّى فله تبديله و اشتراء عين أخرى

ثمّ إنّ حكم ما يشترى من منافع مثل الدكّان الموقوف على المسجد و نحوه حكم العين الّتى تشترى من ثمن العين الموقوفه فى أنّه يجوز للمتولّى تبديله بلا طروّ أحد مسوغات بيع الوقف إذا رأى فيه المصلحه و ذلك لعدم قيام دليل على تبعيّه الحصير الّذى يشتريه المتولّى من منافع الدكّان أو العقار لنفس الدكّان و العقار بل نفس وجود المصلحه فى التّبديل كاف فى جواز البيع

نعم لو اشترى الحصير مثلا من غير منافع الموقوفه شخص ثالث و وقفه على المسجد فحكمه حكم الأعيان الموقوفه فيحتاج جواز بيعه إلى مسوّغات البيع و الفرق بين القسمين واضح فإنّ الحصير الّذى وقفه أجنبى على المسجد هو بنفسه أيضا من أقسام الوقف و هذا بخلاف ما يشتريه المتولّى من منافع الأعيان الموقوفه على المسجد و المدرسه فإنّه ليس من الأعيان الموقوفه فيجوز تبديله مطلقا مع المصلحه

الثّانى إذا اتّجر بثمن العين الموقوفه فهل ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو إنّه كالعين فى اشتراك البطون فيه وجهان و الأقوى هو الثّانى لأنّ الثمن كالمبيع و ربحه بمنزله جزء المبيع لا بمنزله منفعته لأنّ ربح الثّمن بمنزله ارتفاع القيمه السوقيّه للمبيع فلا يختصّ بالبطن الموجود و ليس حكمه حكم منافع العين الموقوفه

الثّالث هل يجب شراء المماثل للوقف مع الإمكان و لو كان غيره أصلح أم يجب رعايه الأصلح فيه وجهان و الأقوى هو الثّانى لأنّ غايه ما يوجّه به الأوّل ما أفاده العلّامه و من تبعه من أنّ المثل أقرب إلى مقصود الواقف و فيه مضافا إلى أنّ مقصود الواقف لا يدخل تحت ميزان منضبط أنّه لا دليل على رعايه مقصوده إلّا إذا كان من منشئاته فإن الغرض تاره يكون من الدّواعى فلا أثر له فى شى ء من العقود و لا يوجب تخلّفه خيارا و لا بطلانا و أخرى يكون قيدا فى ما أنشأه و هذا فى الوقف إنّما يتصوّر بالنّسبه إلى المراتب الطّوليّه للمال كما هى كذلك فى باب الضّمان دون بدل العين الموقوفه

و توضيح ذلك أنّ مقتضى تعلّق الوقف بما يطرأه الفساد أن يكون متعلّق الوقف أولا هو العين بخصوصيّتها الشخصيّه و ثانيا بماليّتها و لذا يجوز بيعها إذا لم يمكن الانتفاع بشخصها فيتعلّق الوقف ثانيا بماليّه الشّى ء و لذا نقول بأنّه لا يجب إجراء صيغه الوقف بالنّسبه إلى بدل العين بل نفس شرائه بنفسه يقتضى كونه وقفا و أمّا تعلّق الوقف بما هو أقرب من العين الموقوفه فهذا ليس من مقتضيات الوقف و من منشئات الواقف بل إذا قيل به فلا بدّ أن

يستند إلى حكم شرعى و حيث لم ينهض عليه دليل فلا وجه لشراء المماثل بل يجب ملاحظه مصلحه البطون

إلّا أن يقال إن المثل مقدم على الماليّه بحسب المرتبه فإنّه كنفس العين بعد تعذّر العين فبحسب المراتب الطّوليّه ما دام المثل موجودا لا تصل النوبه إلى غيره فبعد جواز تبديل العين يقدم شراء المثل على غيره كما فى باب الضّمان الرّابع هل المتصدّى لبيع العين الموقوفه هو النّاظر المنصوب من قبل الواقف لو كان أو هو وظيفه الحاكم وجهان و الأقوى هو الثّانى لعدم شمول دليل النّصب لهذا التصرّف فيرجع إلى الحاكم و إن كان الأحوط مراعاه نظر كليهما ثم بناء على هذا فليس له النّظاره فى بدل العين الموقوفه بل حكمه حكم الأوقاف الّتى لا متولّى لها

[فاعلم أنّ الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور]

[الأولى أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه]

قوله قدّس سرّه فاعلم أنّ الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور الأولى أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الصوره هى المتيقّن فى كلام كلّ من قال بجواز بيع الوقف عند خرابه و أمّا إذا سقط عن الانتفاع المعتدّ به الّذى هو الصوره الثّانيه فى المتن فإلحاقها بالصّوره الأولى مشكل فضلا عن الصّوره الثّالثه و هى ما إذا قلّت منفعته

و بالجمله لو لم يمكن الانتفاع بالعين الموقوفه أصلا أو عدّ الانتفاع المتصوّر فيه فى حكم العدم كما إذا غرقت الأرض المعدّه للزّراعه و لم يمكن الانتفاع بها إلّا لاصطياد السّمك منها الّذى هو فى حكم العدم فيجوز بيعها و أمّا إذا سقطت عن الانتفاع المعتدّ به و لكن لم يلحق بالعدم فلا يجوز بيعها فضلا عمّا إذا قلّت منفعتها و لو أمكن الانتفاع بها فعلا و لكن يعلم بخرابها بعد ذلك فلو علم بأنّه لو لم تبع فعلا فلا يشتريها أحد حين خرابها فلا يبعد أن يكون بيعها جائزا

ثم إنّ ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفه إذا لم يلحق قلّه الانتفاع بها بالعدم إنّما هو إذا بقيت الصوره النّوعيّه للعين الموقوفه و أمّا إذا تبدّلت بصوره أخرى فيجوز بيعها و إن لم تلحق بالعدم و لا يبعد أن يكون كلام الشّيخ ناظرا إلى هذا المعنى فإنّ النّخله الموقوفه إذا قلعت تعدّ عرفا مباينه للنّخله لأنّها عباره عن الشّجره لا المادّه المشتركه بينها و بين الجذع و الخشب و بطلان الصوره النوعيّه عباره أخرى عن خراب الوقف و سيجى ء إنشاء اللّه تعالى فى باب الخيار أنّ مناط ماليّه الأموال إنّما هو بالصوره النوعيّه لا المادّه المشتركه

ثم المدار فى الصوره النوعيّه على الصّوره النّوعيّه العرفيّه لا العقليّه فإذا تبدّلت الصّوره النوعيّه الّتى تعلّق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع و لا يقاس انهدام الدّار على زوال صوره الشّجره فإنّ الدّار مركّبه من البناء و الأرض و انهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه

و بالجمله حيث إنّ قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفه و كونها ذات منفعه لأنّه عباره عن حبس العين و تسبيل الثّمره فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعه أصلا فكذلك يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العينيّه الّتى هى إحدى ركنى الوقف (۱)

۱- و لا يخفى أنّه لو قلنا بأنّ للوقف ركنين حبس العين و تسبيل الثّمره و بزوال الصوره النّوعيّه للعين يبطل الوقف فمقتضاه بطلانه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين و هذا هو الّذى اختاره صاحب الجواهر تبعا لأستاده كاشف الغطاء فما اختاره شيخنا الأستاذ مد ظلّه تبعا للمصنف من أن الواقف لا يبطل إذا بطلت المنفعه بل يجوز بيعه لا وجه له و بالجمله الفرق بين انتفاء هذا الرّكن و الرّكن الآخر لا وجه له ثم لا يخفى ما فى استدلال المصنف لجواز بيع الوقف إذا طرأ عليه الخراب و تبديله بعين أخرى بما حاصله أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود بالإتلاف و بين تبديله بما يبقى و الأول تضييع و الثانى مع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا فرق بين إتلاف البطن الموجود و بيع البطن الأول إذ لو لم يجب مراعاه البطون اللاحقه جاز للبطن الأول بيعه و ذلك لمنع الملازمه بين جواز إتلاف البطن الموجود و بيع البطن الأول لأنا نلتزم بجواز الإتلاف إذا عرض الخراب لا مطلقا فلو عرض الخراب جاز بيعه للبطن الأول أيضا و لو لم يطرأ فجواز إتلافه للبطن الموجود أيضا ممنوع

[الصّوره الرّابعه أن یکون بیع الوقف أنفع و أعود للموقوف علیه]

قوله قدّس سرّه الصّوره الرّابعه أن یکون بیع الوقف أنفع و أعود للموقوف علیه إلی آخره

لا یخفی أنّ هذه الصوره و الصوره الخامسه و هی أن یلحق الموقوف علیه ضروره شدیده متّحدان فی الحکم و هو المنع کما أفاده المصنف قدّس سرّه إذ لا دلیل علی جواز بیع الوقف بمجرّد کون بیعه أنفع و بمجرّد لحوق الموقوف علیه ضروره شدیده و لا ینسب جواز البیع فی الصوره الرّابعه إلّا إلی المفید و لم یرض العلّامه بصدور هذا الکلام منه فقال إن کلامه متأوّل و لا دلیل علیه إلّا روایه ابن محبوب و روایه الاحتجاج و علی فرض دلالتهما و صحّه سندهما فحیث أعرض الأصحاب عنهما فلا یمکن التمسّک بهما

ثم إنّه لا فرق فی الأنفعیّه الملحوظه بین أن تکون للطّبقه الموجوده أو لجمیع البطون لأنّه علی أیّ حال لا دلیل علی جواز البیع و أمّا الصوره الخامسه فالقائل بجواز البیع فیها جماعه کثیره و ادّعی الإجماع علیه فی الانتصار و الغنیه و لکن حیث إن مصطلحهم فی الإجماع غیر مصطلح المتأخّرین فلا یصحّ الرکون إلیه فلم یبق دلیل إلّا روایه ابن محبوب و هی تدلّ بظاهرها علی کفایه أصل الحاجه و لو لم تکن شدیده و هی بهذا المعنی غیر معمول بها

و بالجمله بعد ما ثبت ضروره من الشّرع أنّ من أحکام الوقف عدم جواز بیعه فلا بدّ فی تخصیصه من مخصّص قویّ تام الدلاله و هذان الخبران غیر قابلین للتّخصیص هذا مع أنّ النّسبه بین الجواب المذکور فی روایه الاحتجاج و الأدلّه الدالّه علی عدم جواز بیع الوقف هی التّباین و إذا قیّدت الأدلّه المانعه بعدم طروّ الخراب و أخرج عن إطلاقها صوره الخراب تنقلب النّسبه و تصیر الأدلّه المانعه أخصّ مطلقا من دلیل الجواز فیخصّص بما إذا طرأ الخراب

و بالجمله علی فرض صحّه سند هاتین الرّوایتین و تمامیّه دلالتهما فلا بدّ من تقییدهما بمورد لا یمکن الانتفاع بالعین الموقوفه و إلّا فمجرّد الأنفعیّه أو الحاجه لا یوجب جواز بیع العین الموقوفه

[الصوره السّادسه أن یشترط الواقف بیعه عند الحاجه]

قوله قدّس سرّه الصوره السّادسه أن یشترط الواقف بیعه عند الحاجه إلی آخره

لا یخفی أنّه مع قطع النّظر عمّا رواه فی الکافی فی صدقه أمیر المؤمنین صلوات اللّه، علیه و علی آله الطّاهرین لا بدّ من صرف عنان الکلام إلی بیان أنّ شرط بیع الوقف هل ینافی مقتضی الوقف حتّی یأوّل الرّوایه علی فرض دلالتها علی صحّه الشّرط أو لا ینافیه فنقول المدار فی مخالفه الشّرط لمقتضی العقد علی أن یکون المنشأ فی العقد مضادا للشّرط و مناقضا له کما لو اشترط فی البیع أن یکون بلا ثمن أو اشترط فی الإجاره أن تکون بلا أجره أو اشتراط عدم تصرّف المستأجر فی الدار المستأجر أصلا و أمّا إذا لم یکن الشّرط منافیا لنفس ما أنشأ بالعقد بل کان منافیا لإطلاقه فلا مانع منه کما لو اشترط فی البیع أن یکون الثّمن مؤجّلا

أو أن يكون من غير نقد البلد و نحو ذلک

إذا عرفت ذلک فنقول لو کان التأبيد من منشئات الواقف فاشتراط بيع الوقف عند الحاجه مناف لمقتضاه و أمّا لو کان من مقتضيات الإطلاق فلا مانع منه ثم إنّ شرط بيعه عند الحاجه على قسمين لأنه تاره يشترط بيعه و شراء غيره بثمنه و أخرى يشترط بيعه و إتلاف ثمنه أمّا القسم الأوّل فلا ينبغی الإشکال فيه لأنّه لا ينافی مقتضی العقد على أیّ حال فإنّ عقد الوقف لا يتعلّق بنفس الخصوصيّه العينيّه و إلّا لما صحّ بيعها عند طروّ الخراب و تبديلها بغيرها بل يتعلّق بالأعمّ منها و من ماليّتها

نعم

مقتضى الإطلاق أن يتعلّق الوقف بعينها و تعلّقه ببدلها فى طول تعلّقه بعينها فيحتاج إلى مئونه زائده و أمّا لو اشترط التّبديل فمرجعه إلى جعل الوقف متعلّقا بالجامع بين المال و بدله و أمّا القسم الثّانى فيبتنى صحّته على صحّه الوقف المنقطع الآخر و كونه وقفا لا حبسا و حيث إنّ المختار صحّته لا سيّما إذا كان مردّدا بين الانقطاع و عدمه فيصحّ شرط جواز البيع لبعض البطون فإن مرجع شرطه إلى أنّ له أن يجعله منقطعا و أن يبقيه على حاله و على هذا ينزل الرّوايه الشريفه الوارده فى صدقه أمير المؤمنين ع و تأويلها بتنزيلها على الوصيّه لا الوقف لا وجه له لأنّ العمل بظاهرها لا إشكال فيه

نعم بناء على ما اختاره صاحب الجواهر تبعا لشيخه من بطلان الوقف فى كلّ مورد جاز بيعه و لو لم يبع فمرجع الشّرط إلى جعله منقطعا و كيف كان فبناء على ما اخترناه من أنّ جواز البيع لا يستلزم البطلان فلا مانع من جعل الواقف الخيار لبعض البطون حتّى البطن الأوّل كما فى صدقه أمير المؤمنين صلوات اللّه عليه و آله الطّاهرين

[الصوره السّابعه أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنّا]

قوله قدّس سرّه الصوره السّابعه أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنّا إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الصّوره ملحقه بالصوره الأولى و هى خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فإنّ العلم بتأديته إلى الخراب أو الظّن به المعبّر عنه بخوف الخراب إنّما هو من حيث طريقيّته إليه

و بعباره أخرى إذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقا لأن بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنّه صار خرابا فعلا و أمّا الصّور الثلاث الّتى بعد هذه الصّوره و هى وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن من تلف المال و النّفس أو أدائه إلى ضرر عظيم أو استلزامه فسادا يستباح منه الأنفس فلا دليل على جواز البيع فيها إلّا إذا لزم إحدى مجوّزات البيع كالخراب و نحوه و أمّا مجرّد تضرّر الموقوف عليهم أو تلف المال أو النّفس منهم أو من غيرهم فليس بنفسه من المسوّغات

و توهّم أنّ الباب باب التّزاحم فيراعى ما هو الأهمّ فاسد لأنّه لو قلنا بجواز التصرف فى الموقوفه لحفظ الغريق أو إطفاء الحريق فإنّما هو فيما لو اتّفق ذلك قهرا من دون دخل فاعل مختار و أمّا إذا كان تلف الموقوف عليهم نفوسهم أو أموالهم باختيار منهم فبيع المتولّى العين الموقوفه و صرف ثمنها لحفظ نفوسهم لا دليل عليه فضلا عن بيعها لحفظ أموالهم و هكذا لو فرضنا أنّ الاختلاف صار منشأ لتلف نفس الموقوفه بأن يكون المراد من المال الّذى يؤدّى الاختلاف إلى تلفه هو نفس الموقوفه فإنّ بيعه أيضا غير جائز إلّا أن يرجع إلى الصّوره الأولى و هى خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به و الظّاهر أنّ المراد منه خرابه قهرا لا لاختلاف الموقوف عليهم

و بالجمله مقتضى قوله ع لا يجوز شراء الوقف و لا يدخل الغلّه فى ملكك عدم جواز البيع إلّا إذا ثبت التّخصيص أو التخصّص بأن يكون المورد خارجا من الإطلاق كما فى صوره الخراب على ما يقال من أنّ إطلاق لا يجوز منصرف عنه و أمّا إذا كان من

أفراد المطلق و لم يدلّ دليل على خروجه فمجرّد أن بقاء الوقف يؤدّى إلى تلف المال أو النّفس أو الضّرر العظيم على الموقوف عليهم لا يقتضى جواز بيعه

ثم إنّا قد بيّنا فى قاعده أصاله الصّحه أنّها

لا تجری فی مورد الشکّ فی قابلیّه المال للنّقل و الانتقال کالشکّ فی طروّ المسوّغ لبیع الوقف و علی هـذا فیرد علی ما أفاده فی قوله بعـد الاسـتدلال بعموم لا یجوز شـراء الوقف من أنّ ترک الاسـتفصال عن علم المشـتری بعـدم وقوع بیع الوقف علی بعض الوجوه المجوّزه و عـدمه الموجب لحمـل فعـل البـائع علی الصّحه یـدلّ علی أنّ الوقف ما دام له غلّه لا یجوز بیعه إلی آخره أنّ المورد لیس مورد حمل فعل بائع الوقف علی الصّحه و لو لم یعلم المشتری بعدم وقوع بیع الوقف علی بعض الوجوه المجوّزه بل احتمل ذلک

و کیف کان الاسـتدلال بمکاتبه ابن مهزیار لجواز بیع الوقف فی الصوره السّابعه و بعـدها من الصّور لا وجه له أمّا أولا فلإجمال الرّوایه من جهتین الأولی ظهورها فی جواز بیع سـهم الإمام علیه السّلام من دون طروّ مسوّغ فلا بدّ إمّا من حمله علی أنّ سهمه ع کان من حقّه و هو الخمس أی اشتری بعض الضّیعه من سـهم الإمام ع و جعله وقفا أو حمله علی قضیه خاصّه غیر معلومه الوجه و الثّانیه عـدم دلالتهـا علی تحقّق شـرط الوقف من القبض کمـا لو کـان المـال بیـد المالـک و جعله وقفا ثم وقع الاختلاف قبل القبض و أمّـا ثانیـا فلأنّ الاسـتدلال بهـا للصوره السّابعه إنّما هو بقوله ع ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال بناء علی أن یکون المراد من الأموال هو العین الموقوفه و هـذا مضافـا إلی أنّه لا ینـاسب التّعبیر عنها بالجمع لا ینطبق علی هـذه الصّوره لأنّ القائلین بالجواز فیها إنّما یقولون به فی مورد العلم بأدائه إلی الخراب أو الظنّ و لفظ ربما یستعمل لمجرّد الاحتمال و هذا لا یلتزم به أحد

هـذا مع أنّ الاسـتدلال بهـا لهـذه الصوره ینافی الاسـتدلال بها للصوره الثّامنه و هی أن یقع بین الموقوف علیهم اختلاف لا یؤمن معه تلف المـال أو النّفس لأنّ الاسـتدلال بهـا لهـا یتوقف علی أن یکون المراد من الأموال هی العین الموقوفه و الاسـتدلال بها للصوره الثامنه یتوقف علی أن یکون المراد منها غیرها من سائر الأموال

ثم إنّ الاسـتدلال بها علی الصّوره التاسعه و هی أداء الاختلاف إلی ضرر عظیم یتوقف علی استفاده العموم من التّعلیل و هو قوله ع فإنّه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و النفوس و هذا لا یمکن الالتزام به و إلّا اقتضی جواز بیع الوقف لإصلاح کل فتنه

و أمّـا الاسـتدلال بها علی خصوص الصّوره العاشـره و هی خوف تلف النّفس فیتوقّف علی إلقاء کفایه تلف المال عن الاعتبار و جعل ضمّ تلف النّفس إلیه کاشـفا عن لزوم بلوغ الفتنه إلی هـذا الحـدّ دون ما دونه و هـذا خلاف الظّاهر منها فإنّ الظّاهر أنّ کل واحـد من تلف المـال و النفس موضوع مسـتقل کـاف لجواز البیع فتحصّـل ممّـا ذکرنـا کلّه أنّ الجائز من بیع الوقف هو الصوره الأولی و هی خراب الوقف بحیث لا یمکن الانتفاع به رأسا و ما یلحق به من انتفاء الصوره النوعیّه

و أمّـا البـاقی من الصّور فلا دلیل معتـدّ به یـدلّ علی جواز بیعه إلّا الصوره السّادسه و هی صوره شـرط الواقف علی ما عرفته من التّفصیل و الصوره السّابعه

[و أمّا الوقف المنقطع]

قوله قدّس سرّه و أمّا الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف علی من ینقرض إلی آخره

ينبغى إجمالا- بيان حكم الوقف المنقطع أوّلا ثم بيان جواز بيعه فنقول الوقف المنقطع على قسمين قسم يجعله موقّتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين و هذا لا إشكال فى بطلانه وقفا إجماعا لأنّ التّأبيد إمّا شرط فى الوقف أو مأخوذ فى حقيقته إنّما الكلام فى أنّه بقرينه التوقيت يصير حبسا

أو أنه يدور مدار القصد فلو قصد به الحبس يكون حبسا و لو قصد به الوقف يكون باطلا و لو لم يقصد شيئا فلا حبس و لا وقف و قسم يجعله على من ينقرض غالبا و فى صحّته وقفا أو حبسا قولان و الأقوى وقوعه وقفا كما هو مدلول كلامه

و يدلّ عليه مضافا إلى قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها الخبران الدالّان على أنّ الوقف الموقت مطلقا صحيح و غير الموقت باطل و المراد من الموقّت هو الّذى جعله وقفا على أشخاص خاصّه أو مصرف خاصّ و غير الموقت ما لا يكون كذلك كما لو قال هذا وقف فالمنقطع يصحّ وقفا ما دام الموقوف عليه باقيا و إذا انقرض يبطل و لا وجه لاحتمال كونه حبسا إلّا توهم اعتبار التأبيد فى الوقف و لكنّه فاسد لأنّ المراد منه ليس إلّا عدم توقيته مدّه لا كونه دائما بحيث يبقى إلى أن يرث اللّه الأرض و من عليها

هذا مضافا إلى ما يقال من عدم القول بكونه حبسا بل قيل بأنّه وقف ملحق بالحبس و على أىّ حال لا وجه لكونه حبسا بل لا بدّ إمّا من القول بالبطلان رأسا و إمّا بوقوعه وقفا و ذلك لأنّه لا نرى الفرق فيما ينشئه الواقف بين قوله وقفت على ذرّيتى و قوله وقفت على ذرّيتى و إن انقرضوا فللفقراء فحمل الأوّل على الحبس و الثّانى على الوقف لا وجه له و بالجمله للحبس عنوان مستقل لأنّه بمنزله الإجازه و الوقف بمنزله الهبه و كل منهما يحتاج إلى القصد فلو قصد الوقف و أجرى الصّيغه لا يمكن أن يقع حبسا

نعم لو قيل بأنّ الوقف المنقطع الآخر باطل رأسا يدخل ما يعلم الواقف بانقراضه فى الوقف الموقّت فيقع النّزاع فى أنّه يبطل رأسا أو يقع حبسا و كيف كان بعد القول بصحّته فهل يرجع بعد الانقراض إلى ورثه الواقف أو ورثه الموقوف عليه أو يصرف فى وجوه البرّ أقوال و الأقوى هو الثّانى لأنّ غايه ما يوجّه به رجوعه إلى الواقف أو ورثته هو أنّ الموقوف عليه لم يخلّف مالا حتى يرثه وارثه لأنّه و إن ملكه بتمليك الواقف إلّا أنّه ملكه ما دام حيّا و لذا لو كان بعده طبقه أخرى يملك تلك الطّبقه دون وارث الموقوف عليه فإذا فرض انقطاع الموقوف عليه يصير مصداقا للوقف الغير الموقّت الّذى ورد فى الصّحيح أنّه باطل مردود على الورثه و المراد من الورثه هى ورثه الواقف

و بالجمله لو فرض أنّ نقل الواقف كان بمقدار حياه الموقوف عليه فبعد ذلك يرجع إلى نفسه إن كان حيّا و إلّا فإلى ورثته حين الوقف أو حين الانقراض و على أىّ حال لا وجه لرجوعه إلى ورثه الموقوف عليه و لا صرفه فى سبيل اللّه الّذى يتوقّف على بقاء الوقف على وقفيّته و تعذّر صرفه فى مصرفه الخاص و لكنّه مع هذا كلّه فمقتضى ما ورد فى صدقه أمير المؤمنين ع هو أنّه بعد الانقراض ينتقل إلى ورثه الموقوف عليه و ذلك لأنّه عليه السّلام جعل الخيار لأبى محمّد الحسن عليه السّلام فى إبطال الوقف و صرف ثمنه لنفسه دون شراء بدله و ذلك يكشف عن تملكه ملكا تامّا لا حق للواقف عليه نعم لو لم يبعه ينتقل إلى غيره بعد وفاته فإذا انقرض قهرا و بطل الوقف ينتقل ممّن انقرض إلى وارثه لأنه صار مالكا بالاستقلال من دون تعلّق حق عليه من الواقف لفرض انتقاله منه إلى الموقوف عليه و لا من الطّبقه الأخرى لفرض عدمهم فرجوعه إلى الواقف أو ورثته أو إلى سبيل اللّه لا وجه له بل يمكن أن يقال بجواز بيع من فى الطّبقه الأخيره

بلا مجوّز و إن توقّف جواز بيع السّابق عليه على المسوّغ لأنه يملكه ملكا تاما و اعتبار الواقف بقاءه فى يده إلى انقراضه لو كان شرطا خارجيا منه عليه للزم اتّباعه

و أمّا لو كان غرضه من البقاء فى يده رعايه حق البطون اللّاحقه و مقدمه لانتفاعهم فمع فرض انتفاء بطن آخر لا مانع من بيعه و لكن الأقوى عدم جواز بيعه إلّا بالشّرط لأنّ الواقف وقفه عليه فإذا لم يجعل الخيار للموقوف عليه فجواز بيعه مناف للوقف

و بالجمله فالأقوى أنّه بعد انقراض الطّبقات ينتقل إلى وارث الطّبقه الأخيره و انقراض الموقوف عليه ليس من مصاديق الوقف الغير الموقّت الّذى ورد فى الصّحيح أنّه باطل مردود إلى الورثه أى ورثه الواقف و تمام الكلام موكول إلى محلّه

[مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أمّ ولد لسيّدها]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أمّ ولد لسيّدها إلى آخره

هذا هو القسم الثّانى من الأملاك الخارجه عن الطّلقيّه و الظّاهر كون خروجه عنها من الأمور المسلّمه بين المسلمين فلا وقع للبحث عن دلاله الأدلّه الّتى أقيمت عليه و عدم دلالتها كما فى حاشيه المحقّق الخراسانى قدّس سرّه كما أنّه لا وقع للبحث عن أنّ خروجها عن الطلقيّه هل هو لحقّ من اللّه سبحانه عليها أو لحق الولد أو لحق نفسها لأن هذه كلّها من علل التّشريع لا من عله الحكم حتى يكون وظيفه الفقيه تنقيحها فلا يهمّنا البحث عنها إنّما المهم أمور أخر ينبغى إيضاحها الأوّل هل يختصّ المنع عن التصرّف فيها بخصوص البيع أو يعمّ مطلق المعاوضه أو مطلق النّقل و لو لم يكن معاوضه كالهبه وجوه بل أقوال و الأقوى هو الأخير

و توضيح ذلك أنّ الأحكام المترتّبه على العقود تاره يستفاد من نفس أدلّتها أو من مناسبه الحكم و الموضوع أنّها مختصّه بالبيع و لا تجرى فى غيره كخيار المجلس و الحيوان و أخرى يستفاد أنها جاريه فى مطلق المعاوضه بيعا كانت أو صلحا أو إجاره كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجى ء من أنّ قاعده الانفساخ قبل التّلف تجرى فى عوض الخلع و المهر و نحو ذلك لأنّ المدار فيها على الضّمان المعاوضى و ثالثه يستفاد أنّها جاريه فى مطلق النّقل و الانتقال و لو لم يكن معاوضه كالهبه و نقل أمّ الولد فإنّه لا يجوز نقلها عن ملك سيّدها و لو بالهبه فإنّ من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أنّ الاستيلاد مانع عن التصرّفات النّاقله

بل ادّعى بعضهم المنع عن كلّ تصرّف كان فى معرض النّقل كالرّهن و لكنّ الحقّ أن المنع عن الرّهن لو قلنا به فليس من جهه المنع عن مطلق التصرّف فيها فإنّ التصرفات الغير المزاحمه لعتقها من نصيب ولدها لا دليل على المنع عنها و لذا لا ينبغى الإشكال فى جواز عتقها بل المنشأ فى المنع عن الرّهن قصور أدلّه الرّهن لأن الغرض منه كون المرهون وثيقه للدّين فيباع و يؤخذ الدّين من ثمنه و حيث إنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها إلّا أن يقال إنّ مرجع ذلك إلى امتناع رهنها لأنّ الرّهن

يقتضى طبعا أن تكون العين المرهونه مخرجا للدّين و حيث إنّها غير قابله لذلك فلا يصحّ رهنها فالمانع ليس مجرّد قصور الأدلّه بل لامتناع تحقّق حقيقه الرّهن فى أمّ الولد

الثّانى أنّه لا إشكال فى أنّ عدم جواز التصرّفات النّاقله فيها يدور حدوثا و بقاء مدار حياه الولد فلو مات و لم يخلّف ولدا تصير طلقا إنّما الإشكال فى أنّه لو مات و خلّف ولدا فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقا لصدق كونها أمّ ولد أو تخرج مطلقا لكون الولد حقيقه

فی ولـد الصّلب و لا ـ أقلّ من کونه ظاهرا فیه أو یفصل بین کون ولـد الولـد وارثا للمولی فتبقی علی المنع و عـدم کونه وارثا له فتخرج عنه وجوه و الأقوی هو الأخیر لأنّها و إن کان یصـدق علیها أمّ الولـد إلّا أنّها إذا لم یکن للولـد نصـیب منها فلا مانع من جواز بیعها

الثّالث یکفی الحمل فی المقام و إن قلنا بأنّ الولـد لا یصـدق علیه حقیقه بل یعتبر فیه الانفصال و ذلک لقوله ع هی أمته إن شاء باع ما لم یحدث عنده حمل ثم إنّه لا یعتبر فی الحمل ولوج الرّوح بل یکفی استقرار النّطفه فی الرّحم إذا کان منشأ نشوء الآدمی و لا یـدلّ علی خلاف ذلک قول سیّد الساجـدین ع فی مکاتبه یطأها مولاها فتحبل حیث قال ع یرد علیها مهر مثلها و تسـعی فی رقبتهـا فـإن عجزت فهی من أمّهات الأولاد لعـدم الملازمه بین زمان السّـعی و العجز و بین ولوج الروح غالبا فإنّ السّـعی فی أداء مال الکتابه لا یحتاج إلی زمان طویل و لا سیّما أنّ الغالب انکشاف الأمر فی العجز و القدره

الرابع یعتبر فی الحمـل أن یکون ملحقـا بالمولی فإذا زوّج أمّها ثم وطئها زناء و اسـتولدها فهی لیست بأمّ الولـد شـرعا لأن للعاهر الحجر إنّمـا الکلام فی أنّه هـل یعتـبر الوطی من المولی أو یکفی کون النّطفه منه و إن حصـل الحمـل بالمسـاحقه مع من وطئها المولی وجهـان من دعوی الانصـراف و من أنّ المـدار کون الولـد ملحقـا بـالمولی شـرعا و لو کـان الوطی محرّمـا کما فی حال الحیض و الأقوی هو الأخیر لأنّه إذا کان الولد ملحقا به فیصدق علیها کونها أمّ الولد و لا وجه للانصراف

[ثم إنّ المنع عن بیع أمّ الولد قاعده کلیّه مستفاده من الأخبار]

قوله قدّس سرّه ثم إنّ المنع عن بیع أمّ الولد قاعده کلیّه مستفاده من الأخبار إلی آخره

لا یخفی أنّ اسـتفاده القاعده الکلیّه من الأخبار أو انعقاد الإجماع علیها لا ینافی وقوع الخلاف فی بعض صغریاتها و الاتّفاق علی خروج بعض آخر لأنّ جمیع القواعـد العامّه قابله للتّخصـیص ففی الموارد الّتی انعقد الإجماع علی الخروج لا کلام فیها و أمّا فی مورد الخلاف فیتمسّک بعموم القاعده و یمنع جواز نقلها لا من باب قاعده المقتضی و المانع فإنها لا أساس لها أصلا مضافا إلی المنع عن وجود المقتضـی فی المقـام فـإنّ المخـالف فی بعض الصـغریات لا ـ یسـلّم وجود المقتضـی للمنع حتی یرد علیه أنّ مع إحراز المقتضـی و الشکّ فی المانع یجب الحکم بترتّب المقتضـی بالفتـح بل من باب أنّ هـذه القاعـده الکلیّه من قبیل العناوین الأوّلیه الّتی لا ـ ینافیهـا طروّ عنوان ثـانوی فـإذا أحرز العنوان الأوّلی و شکّ فی طروّ العنوان الثّانوی الرافع لعموم المنع یتمسّـک بالعموم حتّی یثبت التّخصیص کما یتمسّک به فی الشکّ فی رافعیّه الموجود لشبهه حکمیّه أو مفهومیّه

و بالجمله یسـتفاد من الإجماع و الأخبار أن نفس عنوان کون الأمه أم الولد من العناوین الموجبه لخروج الملک عن الطلقیّه فإذا ثبت بدلیل قطعیّ جواز نقلها فی مورد فهو و إلّا یحکم بالعدم

ثم إنّ الموارد الّتی قیل بالتّخصیص فیها صور

اشاره

يجمعها تعلّق حقّ للغير بها أو تعلّق حق تعجيل العتق لها أو تعلّق حقّ بها سابق على الاستيلاد مانع عن تأثيره أو انعدام الموضوع كموت الولد

[القسم الأوّل تعلّق حقّ للغير بها]

فمن موارد القسم الأوّل ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدّى هذا الدّين به

و المتيقّن منه ما إذا كان الدّين ثمن رقبتها بعد موت المولى و أمّا إذا كان حيّا أو كان له مال آخر أو لم يكن الدّين فى ثمن رقبتها فخروجها عن عموم المنع ممنوع لا سيّما إذا كان له مال آخر و إن كان الدّين مستغرقا

فإنّ صاحب العين و إن كان أحقّ بماله فى الدّين المستغرق فيما إذا كان المديون حيّا و لا يضرب مع الغرماء إلّا أنّ هذا الحكم مخصوص بالمفلّس و أمّا الميّت الّذى لا ذمّه له فصاحب العين أيضا كسائر الغرماء فإذا كان بعض أمواله متعلّقا لحقّ إلهىّ أو حقّ آخر لا يمكن تعلّق الدّين به ككونه أمّ الولد مثلا لا يصحّ أخذه للدّين

و بالجمله المتيقّن من الخروج عن القاعده هو المشتمل على القيود الثّلاثه و يدلّ عليه صحيحه عمر بن يزيد قلت لأبى إبراهيم أسألك عن مسأله قال سل قلت لم باع أمير المؤمنين صلوات اللّه و سلامه عليه أمّهات الأولاد قال فى فكاك رقابهنّ قلت فكيف ذلك قال أيّما رجل اشترى جاريه فأولدها و لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّى عنه أخذ منه ولدها و بيعت و أدّى ثمنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا

و لا يخفى أنّ هذه الصّحيحه صريحه فى القيدين منها و هما كون الدّين فى ثمن رقبتها و عدم مال آخر لمولاها و ظاهره فى القيد الآخر و هو موت المولى فإنّ ظاهر سؤاله عن أنّه لم باع أمير المؤمنين أنّ البيع وقع منه عليه السّلام بعد موت المولى و إلّا كان المناسب أن يقول لم أمر أمير المؤمنين ع ببيع أمّهات الأولاد و هكذا ظاهر قوله ع و لم يدع من المال أنّ هذه القضيّه كانت بعد موت المولى و لا وجه لدعوى إطلاق صحيحته الأخرى عن أبى الحسن عن بيع أمّ الولد تباع فى الدّين قال

نعم فى ثمن رقبتها فإنّ هذه أيضا ظاهره فيما بعد الموت فإن تباع يستعمل فى هذا الحال نعم هى مطلق من حيث وجود مال آخر و عدمه و لكن بعد صراحه الصحيحه الأولى فى اختصاص الحكم بما إذا لم يدع مالا آخر فتقيّد هذه بتلك مع أنّ مدّعى منع الإطلاق لها غير مجازف فإنّ قوله ع نعم فى ثمن رقبتها لم يعلم كونه واردا فى مقام البيان عن جميع الجهات فلعلّه كان عليه السلام بصدد بيان جواز بيع أمّ الولد فى الجمله أى كان فى مقام أصل التّشريع و قد ذكرنا فى الأصول أنّ شرط التمسّك بالإطلاق أن لا يكون الحكم فى مقام أصل التّشريع كالأوامر الوارده فى الكتاب المتعلّقه بالماهيّات كقوله عزّ من قائل أَقِيمُوا الصَّلاٰةَ وَ آتُوا الزَّكٰاةَ و أن لا يكون واردا مورد حكم آخر كقوله سبحانه فَكُلُوا مِمّٰا أَمْسَكْنَ فإنّه مسوّق لحليّه ما اصطاده الكلب المعلّم فلا يمكن التمسّك بإطلاقه للحكم بطهاره محلّ عضّه

نعم لو اخترنا ما اختاره المشهور قبل السّلطان من أنّ المطلقات موضوعه للماهيّه اللّابشرط القسمى بأن تكون موضوعه للإطلاق لكان للتمسّك بإطلاقها ما لم يعلم تقييدها مجال

لا يقال كون المتكلّم فى مقام البيان يحرز بالأصل العقلائى و إن قيل بمقاله السلطان من كون المطلق موضوعا للماهيّه اللّابشرط المقسمى و إذا ثبت الإطلاق فلا يمكن تقييده بالصّحيحه الأولى لأن مورد التّقييد إنّما هو فى العموم البدلى لا الشّمولى لعدم التّنافى بين جواز بيعها مع القيود الثلاثه و جوازه مطلقا غايه الأمر يقع المعارضه بينه و بين صحيحه ابن مارد الدالّه على عدم جواز بيعها مطلقا و النّسبه بينهما عموم من وجه فإن روايه ابن مارد خاصّه من جهه و هى كون البائع نفس المولى و عامّه من أخرى و هى عدم الفرق فى كون البيع لثمن رقبتها أو لغيره و هذا الرّوايه خاصّه من جهه و هى كون البيع لثمن رقبتها و عامّه من أخرى و هى كون البائع مولاها أو غيره و شمول هذه الرّوايه لماده الاجتماع و هى كون البائع مولاها فى ثمن رقبتها أظهر من صحيحه

ابن مارد لکون صحیحه ابن مارد بمنزله الأدلّه الوارده للعناوین الأوّلیه و هذه الرّوایه بمنزله العنوان الثّانوی الطاری فهی حاکمه علی الصّحیحه

لأنّا نقول إنّما لا یحمل المطلق علی المقیّد فی العموم الاستغراقی إذا لم یکن المقیّد فی مقام التّحدید و الاحتراز لأنّه فی غیر هذا المورد لا موجب للحمل لإمکان أن لا یکون السّؤال عن تمام موارد جواز بیع أمّ الولد فالجواب لا یفید الحصر کما هو منشأ نظر المصنف قدّس سرّه فی قوله و اندفاع التوهّم بکلا شقّیه واضح و أمّا إذا کان فی مقام التّحدید کما هو ظاهر السّؤال فی قوله فکیف ذلک فالجواب بما یدلّ علی الحصر بقوله ع أیّما رجل اشتری جاریه فأولدها و لم یؤدّ ثمنها و لم یدع من المال ما یؤدّی عنه إلی آخره موجب لتقیید ما یدلّ بإطلاقه علی جواز بیعها فی ثمن رقبتها

و دعوی أظهریّه الرّوایه من صحیحه ابن مارد فی مادّه الاجتماع إمّا لما ذکرناه و إمّا لما ذکره المصنف قدّس سرّه من أنّ الصّحیحه لیست فی مقام بیان البیع لثمن رقبتها لقوله فتمکث عنده ما شاء اللّه فإنّ من البعید عدم أداء ثمنها فی خلال هذه المدّه المدیده مع أنّ ظاهره جواز بیعها اقتراحا لا لاضطرار لقوله فیبدو له فی بیعها غیر مسموعه لأنّ المدار فی التعارض إنّما هو علی جواب الإمام ع فإنّ قوله ع هی أمته إن شاء باع ما لم یحدث عنده حمل عام یشمل جمیع الموارد و ظاهر فی أنّ الحمل مطلقا موجب لخروج الأمّه عن استیلاء المولی

و کیف کان فالحقّ أنّه لا تصل النّوبه إلی تعارض روایه عمر بن یزید مع صحیحه ابن مارد لأنّ الصّحیحه الأخری عن عمر بن یزید تقیّدها بما بعد الموت علی فرض ظهورها فی العموم مع أنّه ممنوع فإنّ قوله تباع ظاهر فی أنّ المولی غیر البائع و علی أیّ حال فلو قلنا بجواز البیع أیضا فی حال الحیاه فی ثمن رقبتها فالأقوی اختصاصه بما إذا لم یکن للمولی مال أصلا لا من المستثنیات و لا من غیرها

و توهّم أنّ مستثنیات الدّین یزاحم حق الدیان فمزاحمتها لحقّ الاستیلاد الغیر المزاحمه لحقّ الدّیان أولی فاسد لأنّا لا ندّعی وجوب بیع المستثنیات لأداء الدّین الّذی علی المولی فی ثمن رقبتها حتّی قال إنّ هاهنا حقوقا ثلاثه حق أمّ الولد و حق الدیّان و حق المالک فی المستثنیات عن الدّین فإذا لم یزاحم الأوّل الثّانی فکیف یزاحمه الثّالث

بل ندّعی أنّ کلّا من المستثنیات و الاستیلاد مزاحم لحقّ الدیّان و لا مزاحمه بینهما لإمکان ورود کلّ منهما علی المال الّذی تعلّق به الدّین فیکون کلّ منهما مخصّصا لأدلّه وجوب أداء الدین بل یمکن دعوی أقوویّه حق الاستیلاد من حقّ المالک فی المستثنیات لأنّ الاستیلاد یخرج الملک عن الطلقیّه بخلاف حقّ المالک فإنّه لا شبهه فی أنّه یجوز له بیعها و أداء الدّین منها و إن لم یجب علیه

و بالجمله لا تزاحم بین الاستیلاد و حقّ المالک فالعمده ملاحظه الدلیل الوارد فی المقام فنقول ظاهر قوله ع و لم یدع من المال ما یؤدّی عنه بناء علی شموله لحال الحیاه أنّه لم یدع ما یمکن أن یؤدّی عنه و مع وجود المستثنیات یمکن أداء الدّین منها و إن لم یجب نعم لو کان المولی میّتا فمئونه التّجهیز ممّا لا یمکن أن یؤدّی عنه الدّین فتباع أمّ الولد

ثم هل الثمن الّذى يجوز بيعها له مخصوص بما إذا كان الثّمن الواقع فى عقد المعاوضه بنفسه دينا أو يشمل جواز البيع لغايه أداء الثّمن سواء كان من قبيل الأوّل أم استدان الثّمن و اشترى به الأمه نقدا بل و لو استدان

ثمنا لأداء الثمن الّذى فى ذمّته عوضا عن الأمه وجوه و أقواها الأوّل و قد اختار المصنف أولا إلحاق الثانى بالأوّل ثم تأمّل فيه و وجه تأمّله أنّ ظاهر النّص و الفتاوى اختصاص جواز البيع بما إذا كان عوض الأمه بنفسه فى ذمّته لا عوض العوض فإنّ قوله ع و لم يؤدّ ثمنها ظاهر فى أنّ الثمن عوض عما يطلبه البائع

و بالجمله هنا موارد خمسه يحتمل جواز البيع فى جميعها الأوّل بيعها فى ثمن رقبتها الّذى وقع فى عقد المعاوضه الثّانى بيعها فى الدّين الّذى استقرضه المولى و اشترى به الأمه الثّالث بيعها لوفاء الثّمن الّذى استدانه لوفاء ثمن الرّقبه الّذى كان فى ذمّته الرّابع بيعها لأداء ما اشترط عليه فى عقد المعاوضه كما إذا اشترط البائع على المشترى أن ينفق عليه مدّه و لم يتمكّن من الإنفاق إلّا ببيع الجاريه أو اشترط عليه أن يخيط له ثوبا أو يعمل عملا يتوقف الوفاء به على بيع الأمه فإنّ بيعها للوفاء بالشّرط بمنزله بيعها لأداء بعض ما عليه من الثّمن لأنّ للشّرط قسطا من الثّمن الخامس بيعها لأداء قيمتها إذا تعلّق بها ضمان اليد كما إذا كان للبائع حق الفسخ و فسخ بعد الاستيلاد بناء على جواز تصرّف المشترى فى زمان خيار البائع و بناء على أنّ الاستيلاد اللّاحق مانع عن الحقّ السّابق فحيث لا يمكن رد نفس الرّقبه فهى بمنزله التّلف فلا بدّ من ردّ قيمتها و إذا لم يتمكّن منه فتباع لأداء القيمه الّتى يضمنها للمشترى

و لكن الأقوى عدم جواز البيع إلّا فى القسم الأوّل لأنّه هو الّذى يصدق عليه أنّها تباع فى ثمن رقبتها و أمّا فى سائر الأقسام فبيعها ليس إلّا لأمر خارج لا سيّما فى الرّابع و الخامس أمّا الرابع فإنّ قسطا من الثّمن و إن كان فى اللبّ واقعا بإزاء الشّرط إلّا أنّ فى عقد المعاوضه لم يجعل بإزائه شى ء فكيف يصدق أنّها تباع فى ثمن رقبتها و أمّا الخامس فأمره أوضح لأنّه بمنزله بيعها فى دين آخر لأنّ المفروض أنّه أدّى ثمن رقبتها و البدل الّذى يجب عليه الردّ بعد الفسخ لا ربط له بثمن رقبتها مع أنّه لو جاز بيعها لأداء هذا الثّمن و صحّ انتقالها إلى غير المولى المستولد لجاز انتقالها إلى المولى الأصلى الّذى باعها

فالأقوى أنّه لا يصح بيعها إلّا بعد موت المولى فى ثمن رقبتها الذى وقع فى عقد المعاوضه هذا كلّه فى ثمن رقبتها أو ما ينتهى إليه و أمّا بيعها فى دين آخر فالأقوى عدم جوازه مطلقا كان المولى حيّا أو ميّتا كان الدّين مستغرقا أم لا خلافا للشّيخ و الشّهيدين و الفاضل المقداد و الشّيخ مفلح الصّيمرى فجوّزوا البيع بعد موته إذا كان الدّين مستغرقا

و لعلّ منشأ فتواهم بالجواز فى هذه الصّوره ما ذكره فى الرّوضه من أنّها إنّما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها و لا نصيب له مع استغراق الدّين فلا تعتق بل تصرف فى الدّين و يؤيّده أيضا مقطوعه يونس فإنّ قوله فإن كان لها ولد و ليس على الميّت دين فهى للولد بمفهومه يدلّ على عدم كونها للولد إن كان على مولاها دين و معلوم أنّه ليس مطلق الدّين مانعا عن الإرث بل هو الدّين المستغرق

و لكنّك خبير بأنّ الرّوايه مع كونها مقطوعه مطلقه فتقيّد بما دلّ على جواز بيعها فى خصوص ما إذا كان الدّين ثمن رقبتها و أمّا ما اختاره الشّيخ و من تبعه فى مسأله الدّين المستغرق فالأقوى خلافه لأنّ التّركه تنتقل إلى الورثه غايه الأمر لا يجوز لهم التصرّف ما لم يؤدّوا الدّين فإذا انتقلت إليهم تنعتق الأمه من نصيب ولدها و هذا هو الّذى اختاره الشّهيد الثّانى فى المسالك

نعم استشكل عليه صاحب المقابس انتصارا للشّيخ بأمور أربعه أحدها أن المستفاد ممّا دلّ على أنها تعتق من نصيب ولدها أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النّصيب من غير أن تقوم عليه أصلا و إنّما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركه بقيمه أمّه هل تقوم عليه أو تسعى هى فى أداء قيمتها انتهى و حاصل إيراده أنّ أدلّه الانعتاق من نصيب ولدها تختصّ بما إذا انعتقت عليه مجّانا من دون أن يكون عليه شى ء و هذا يتمّ فيما إذا لم يكن الدّين مستغرقا و أمّا إذا كان مستغرقا فلا تقوم على الولد فلا وجه للانعتاق فلا مانع من بيعها

و بالجمله إمّا لا تنعتق عليه و إمّا إذا انعتقت فتنعتق عليه مجّانا فإذا امتنع الأخير تعيّن الأوّل و ثانيها أنّ النّصيب إذا نسب إلى الوارث فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التّركه بعد أداء الدّين و سائر ما يخرج من الأصل و المقصود منه النّصيب المستقرّ الثّابت لا النّصيب الّذى يحكم بتملّك الوارث له تفصّيا من لزوم بقاء الملك بلا مالك انتهى

و هذا الوجه يرجع إلى الوجه الأوّل لأنّ حاصله أنّ أدلّه الانعتاق من نصيب الولد لا تشمل هذا الملك الثّانى بل يختصّ بالنّصيب الّذى للولد بعد إخراج الدّين و الحقوق المتعلّقه بأصل المال كالحجّ الميقاتى و الخمس و الزّكاه و نحو ذلك و هذا إنّما يجرى فيما إذا بقى للميّت مال زائد على الحقوق المتعلّقه به لا ما إذا كان الدين مستغرقا بحيث كان الحكم بانتقال المال إلى الورثه من باب احتياج الملك إلى المالك و ثالثها الّذى هو الرّابع فى كلامه أنّ ما ادّعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك ممّا لم ينصّ عليه الأصحاب و لا دلّ عليه دليل معتبر و ما يوهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظّاهر أنّ المراد به غير هذا القسم و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه بناء على صحّه الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه انتهى

و مرجع هذا الوجه أيضا هو الوجه الأوّل لأنّ حاصله أنّ أدلّه الانعتاق لا تشمل هذا النّحو من الملك و الأصحاب أيضا لم يصرّحوا بذلك لأنّ ظاهرهم اختصاص الانعتاق بالملك المستقر و لذا لا يلتزمون بانعتاق العمودين على الموقوف عليه إذا وقفهما الواقف عليه مع أنّهم يلتزمون بصحّه الوقف و تملّك الموقوف عليه العين الموقوفه و رابعها الّذى هو الثّالث فى كتابه أنّه يلزمه على كلامه أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركه بأجمعها يساوى قيمه أمّه تقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثّابت فى الباقى بعد الدّيون و نحوها يساوى قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنّه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من القيمه نصيبه الباقى الثّابت إن كان له نصيب و يطالب بالباقى و هذا ممّا لا يقول به أحد من الأصحاب و ينبغى القطع ببطلانه

و حاصل هذا الوجه أنّ كلام المسالك فى قوله و الأقوى انتقال التّركه إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرّف فيها على تقدير استغراق الدّين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء مقدار قيمه النّصيب من ماله لازمه أن يخسر الولد قيمه أمّه أو بعضها للدّيان و أن تنعتق الأم عليه أيضا لأنّ مقتضى ما ادّعاه من انتقال المال إلى الورثه هو انعتاق الأم عليه إمّا بتمامها لو لم يكن وارث غيره و إمّا بمقدار نصيبه من التّركه لو كان هناك وارث غيره و مقتضى قوله و يلزمه أداء مقدار

قيمه النّصيب من ماله أن يتضرّر هذا المقدار للدّيان أو للورثه و لازم هذا الكلام هو التزامه بالتّقويم عليه فى صور ثلاث

الأولى ما إذا كان نصيب الولد من مجموع التّركه يساوى قيمه الأمّ سواء كان هناك دين مستغرق أم لا فإذا فرضنا عدم استغراق الدّين بأن كان الدين مائه و التركه مائتين و قيمه الأمه مائه و باقى التركه مائه و الورثه منحصره بولد أم الولد و أخ له من غير أمّه فلو قلنا بانتقال التركه بأجمعها إلى الورثه فتنعتق الأم بأجمعها على الولد لأنّ نصيبه من التّركه بمقدار قيمه الأمّ فيجب عليه حينئذ خمسون و على أخيه كذلك فيحصل لأخيه خمسون و هو تضرّر بخمسين و لا شى ء له سوى الأم نعم إذا استغرق الدّين يخسر كلّ منهما ما انتقل إليه

الثّانيه ما إذا كان نصيبه الثّابت فى الباقى بعد الدّيون و نحوها ممّا يخرج من المال مساويا لقيمه أمّه أو أقل لأنّ المفروض انتقال ما يساوى قيمتها إليه قبل الدّين فإذا فرضنا أنّ الورثه كالصّوره السّابقه و التّركه ثلاثمائه و قيمه الأم مائه و الدّين و ما يلحق بالدّين مائه فنصيب الولد من التّركه بعد الدّين و نحوه يساوى قيمه أمّه فالأم تنعتق جميعها عليه و يقوم عليه نصف قيمتها لأخيه و نصف المائه الباقيه له فيتهاتر النّصيبان فيكون تمام المائه فى الحقيقه لأخيه و الأم بتمامها له و إذا فرضنا أنّ الدّين و نحوه مائتان فنصيبه منها بعد الدّين و نحوه أقلّ إلّا أنّ نصيبه من التّركه أزيد من قيمه الأم لأنّ نصيبه مع قطع النّظر عن الدّين مائه و خمسون فلا بدّ من أن تنعتق الأمّ بأجمعها عليه و أن يخسر نصف قيمتها لأخيه فإنّ ما بقى من التّركه يرد إلى الدّيان و الأمه مشتركه بين الأخوين فإذا انعتقت عليه يجب أن يخسر قيمه نصفها لأخيه

الثّالثه ما إذا كان نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنّه يقوم عليه نصيبه كائنا ما كان و يسقط من القيمه نصيبه الباقى الثّابت إن كان له نصيب و يطالب بالباقى مثلا إذا فرضنا أنّ الدّين مستغرق و مجموع التّركه يساوى مائه و عشرين و قيمه الأمّ تسعين و باقى التّركه ثلاثين و الوارث كالسّابق فنصيب الولد من التّركه النّصف و هو يقابل ثلثين من الأمّ فينعتق عليه ثلثان منها و ينعتق الباقى بالسّرايه فتسعى الأم فى ثلثها للديان و عليه ستّون و على أخيه ثلاثون و إذا فرضنا انحصار التّركه فى هذه الصوره بالأم و قيمتها مائه و عشرين فنصيبه منها نصفها فعليه ستّون و على الأمّ ستّون

و لو فرض أنّ التّركه كالسّابق بأن كان قيمه الأم تسعين و باقى التّركه ثلاثين و الدّين مستغرق و الورثه ثلاثه فنصيب ولد أمّ الولد منها ثلثها و من باقى التّركه أيضا ثلثها و المجموع أربعون فتنعتق عليه أربعه أتساع من الأمّ و يسرى العتق فى الباقى فعلى الأمّ خمسون و عليه أربعون و باقى التّركه أيضا للدّيان من سهم الأخوين و من سهم ولد أمّ الولد

و لو فرض فى هذه الصّوره أنّ الدّين تسعون فينعتق عليه أيضا أربعه أتساع إلّا أنّه يسقط من الأربعين نصيبه الباقى فى الثّلاثين و هو عشره فيطالب بالثّلثين فعليه ثلاثون غير هذه العشره و على أخويه ستّون إلّا أنّ الأم تسعى فى خمسين من نصيبهما من الدّين و يدفعان إلى الدّيان أيضا العشره الّتى كانت من نصيب ولد أمّ الولد فيبقى لهما من التركه عشرون

و حاصل إشكال المقابس على المسالك أنّ اللّازم من كلامه أن ينعتق نصيب الولد منها أو ما يساوى نصيبه منها

من أصل التّركه و يغرم الولد مع ذلك قيمه ما انعتق منها و هذا لم يقل به أحد فإنّ فى مورد الانعتاق القهرى لم يقل أحد بالتقويم على من ينعتق عليه إلّا الشّيخ فى الخلاف و رجع عنه فى المبسوط

بل قيل إنّ الشّيخ أيضا لم يقل بذلك إلّا فى مورد عدم استغراق الدّين للتركه فقال يجب على الولد فكّ الباقى من ماله بعد بذل ما قابل سهمه الّذى ورثه من الميّت و وافقه ابن حمزه فقال بأنّه يسعى فى الباقى و مدركه الخبر المذكور فى باب الاستيلاد فراجع هذا حاصل ما أورده صاحب المقابس على الشّهيد الثّانى و أورد عليه المصنف قدّس سرّه بقوله و يمكن دفع الأوّل إلى آخره

توضيح ما أفاده ردّا على إيراداته الأربعه و على ما أفاده بقوله و بالجمله فالجمع بين أدلّتهم و فتاويهم مشكل يتوقّف على تمهيد مقدّمتين الأولى يظهر من الفقهاء قدّس اللّه تعالى أسرارهم أنّه لو انعتق مقدار من الرقّ على شخص فتاره يكون المنعتق عليه هو المباشر لعتقه بالاختيار كعتق أحد الشّريكين نصيبه أو شراء شخص أو اتهابه مقدارا ممّن ينعتق عليه و أخرى يكون العتق بغير اختياره كإرث العمودين مطلقا و إرث الرّجل إحدى المحرّمات عليه نسبا فإذا كان بسبب اختيارى فيسرى عتق البعض إلى الكلّ و يقوم عليه نصيب سائر الشركاء إذا كان موسرا و أما إذا كان بسبب قهرى فقد اختلفوا فى وجوب السّعى على الرقّ أو على من انعتق عليه بعد الاتّفاق على سرايه انعتاق البعض إلى الكلّ فالمشهور أنّه على نفس الرقّ

و مختار الشّيخ فى الخلاف الّذى رجع عنه فى المبسوط و ابن حمزه أنّه على من انعتق عليه لخبر غير معمول به كما أشرنا إلى ذلك ثم إنّ مقدار الانعتاق فى الانعتاق القهرى فى غير أمّ الولد هو مقدار نصيب الوارث من نفس الرقّ و أمّا فى أمّ الولد فلو لم يكن هناك دين مستغرق للتّركه فهو مقدار نصيب الولد من جميع التّركه و الفرق بينهما هو النّص و لو لا ذلك لكان مقتضى الأصل عدم انعتاقها عليه إلّا بمقدار نصيبه من الأم

و على أىّ حال لو لم يف نصيبه من التّركه بمقدار الأمّ لم يقل أحد بأنّه ينعتق عليه من سائر أمواله لعدم الدّليل عليه و أمّا إذا كان الدّين مستغرقا فلا وجه لانعتاق نصيبه من جميع المال عليه و إن قلنا بأنّ التّركه تنتقل إلى الورثه حتى مع إحاطه الدّين بالتركه و ذلك لأنّ سائر التّركه غير أمّ الولد قابل لأن يكون مخرجا للدّين سواء كان رقا أو غيره من سائر الأموال و أمّا أم الولد فحيث ثبت بالنصّ أنّها لا تباع فى غير ثمن رقبتها فهى ليست قابله لتعلّق الدّين بعينها فلا يجوز للورثه أن يدفعها بدلا عنه و لا للديّان أخذها تقاصا لو امتنع الوارث من أداء الدّين

و حاصل الفرق بين أمّ الولد و غيرها من العبيد أمران الأوّل أنّ أمّ الولد تنتقل إلى الولد و تنعتق عليه بمقدار نصيبه من التّركه و أمّا غيرها فينعتق على من ينعتق عليه بمقدار نصيبه منه الثّانى أنّ أمّ الولد لا يتعلّق بعينها حق الدّيان فلا يمكن أن لا تنعتق على ولدها و أمّا غيرها فيتعلّق بعينه حق الديان فمع استغراق الدّين لا وجه لانعتاقه و إن قلنا بانتقالها إلى الورثه لأنّ موت المولى علّه لأمرين أحدهما انتقال تركته إلى وارثه و الثّانى تعلّق حق الديان بتركته و هذان المعلولان يوجدان فى رتبه واحده و الانعتاق أمر مترتّب على أحد المعلولين و هو لا يمكن أن يتحقّق مع مزاحمه حق الدّيان مع ما هو علّته و هى تملّك الورثه لمن ينعتق عليه فإذا تعذّر انعتاق سائر من ينعتق على الورثه مع إحاطه الدّين

فكذلك لا يمكن انعتاق أمّ الولد من جميع نصيب الولد من التّركه مع إحاطه الدّين لأنّ غير أمّ الولد من سائر الأموال قابل لتعلّق الـدّين بعينه فلا يرثه الولـد بلا مزاحم حتّى يـدخل فى نصيبه و يشـمله النّصوص الـدالّه على أنّ أمّ الولد تنعتق على ولده بمقدار نصيبه من التّركه

الثّانيه أن منشأ عـدم التزام الفقهاء بأنّ أمّ الولـد من مسـتثنيات الدّين مع أنّهم خصّوا جواز بيعها بما إذا كان فى ثمن رقبتها هو أنّ لازم فتواهم بانعتاقها على الولد بمقدار نصيبه من التّركه و سعيه أو سعيها فى مقدار حصّه باقى الورثه لو لم يكن على الميّت دين هو أن صـفه كون الأـمه أمّ الولـد لا تقتضـى سـقوط حقّ الـديّان عنها رأسا بحيث يكون حكمها حكم الكفن لأن تعلّق حقّ سائر الورثه بها ممّن لا تنعتق عليه يقتضى تعلّق حق الديّان بها لأنّ هذا الحقّ أسبق من حق الورثه لكون الإرث بعد الوصيّه و الدّين

إذا عرفت ذلك ظهر أنّ الجمع بين أدلّتهم و فتواهم ليس بتلك المثابه من الإشكال كما هو مقتضى المقدّمه الثّانيه و أما إيراداته على المسالـك فالثّلاثه الأول غير وارده عليه أصـلا إذا كان ضـمير منها فى كلامه راجع إلى الأمّ لا إلى التّركه لما عرفت من أن مقتضى النصّ على أنّ أمّ الولد لا تباع فى غير ثمن رقبتها أن لا يكون حق الديّان متعلّقا بعينها

و مقتضى ما عرفت من أنّ أمّ الولد ليست كمئونه التّجهيز بحيث لا يتعلّق الدّين بها رأسا هو الجمع بين حقّ أمّ الولد و حقّ الديّان و مقتضـاه هو انعتـاق أمّ الولـد بمقـدار نصـيبه منها و سـرايه العتق إلى البقيّه بمقتضـى أدلّه العتق بالسّـرايه و حيث إنّ المختار فى الانعتاق القهرى هو سـعايه نفس المعتق بالفتـح فتسـعى الأم فى الزائد عن نصـيب الولد منها و تقوم على الولد قيمه نصـيبه منها و تدفع إلى الديّان نعم لو رجع ضمير منها إلى التّركه فلا يصحّ جزءا من كلام المسالك كما سنشير إليه

و بالجمله لا وجه لـدعوى عـدم انعتاق أمّ الولـد فى الدّين المسـتغرق سواء قلنا بانتقال التّركه إلى الورثه أو قلنا ببقائها على حكم مال الميّت لأنّ أمّ الولد ليست من قبيل سائر الأموال القابله لتعلّق حقّ الديّان بعينها و قياسها على العبد الموقوف على الطّبقات مع الفارق لأنّ عـدم انعتاقه على ولـده إذا صار الولد موقوفا عليه ليس من جهه عدم كونه ملكا تامّا له بل لتعلّق حقّ سائر الطبقات به و أمّـا الـديّان فلم يتعلّق حقّهم بعين الرّقبه فلا مانع من انعتاقها على ولـدها بمقـدار نصـيبه منها و أمّا الإيراد الرابع فقـد أجاب عنه المصنف بأنّه إنّما يرد عليه إذا قلنا بأنّ قيمتها بعد الانعتاق تتعلّق بالولد و أمّا إذا قلنا باستسعائها فلا يرد عليه شى ء

و مبنى هـذا الجواب على تسليم الإشكال فى جزء من كلام المسالك و هو التّقويم على الولد و الدّفع عنه فى الجزء الآخر و هو انتقـال التّركه إلى الورثه و حاصـل إيراد المصـنف على المقابس أنّ عـدم إمكان التّقويم على الولـد ليس مانعا من انتقال التّركه إلى الورثه لإمكـان الجمع بينه و بين عـدم التّقويم عليه بـأن يجب السّـعى على الأـمّ و لا يخفى أنّ الصّواب أوّلا توضـيح ما أفاده المقابس ردّا على المسالك ثمّ الدّفع عنه

فنقول قـد ظهر ممّا ذكرنا من تفصـيل الصّور أنّه لا ينـدفع إشـكال المقابس على المسالك لو كان ضـمير منها فى قوله و الأقوى انتقال التّركه إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصـرّف فيها على تقـدير استغراق الـدّين فيعتق نصـيب الولـد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء قيمه مقدار النّصيب من ماله إلى آخره راجعا إلى التّركه كما هو ظاهر كلامه من قياس صوره استغراق الدّين

على ما لم يكن دين لأنّه لو لم يكن دين فينعتق على الولد نصيبه من جميع التّركه على ما صرّح به فى كلامه قبل هذا بأسطر فلو انعتق عليه أمّه من نصيبه من جميع التّركه فالالتزام بوجوب السّعى على الأمّ لا يدفع الإشكال لأنّ حاصل إشكال المقابس هو أنّه لو قلنا بانعتاق أمّ الولد فى جميع الصّور فإنّما هو من جهه عدم قابليّه أمّ الولد لأن تكون مخرجا للدّين و أمّا سائر التّركه فلا مانع من أن يكون مخرجا للدّين

و مقتضى قول المسالك بأنّه يقوم عليه مقدار قيمه النّصيب من ماله أنّ أمّ الولد فى جميع الصور حتّى فى غير الدين المستغرق تنعتق بمقدار تمام نصيب الولد من التّركه فلا يكون شى ء ممّا يرثه من التركه مخرجا للدّين بل إنّما يقوم عليه بمقدار سهمه من الدّين الّذى لو لا أمّ الولد لكان للوارث أن يؤدّيه من عين التّركه و لو امتنع لكان للديّان أخذه منها و هذا ممّا لا يقول به الأصحاب و ممّا ينبغى القطع ببطلانه سواء قيل بالتقويم على الولد أم قيل بسعى الأمّ

و أمّا لو كان ضمير منها راجعا إلى الأم فلا يرد عليه إشكال و الظّاهر ذلك لأنّه قدّس سرّه بصدد بيان أنّ إحاطه الدّين بالتّركه غير مانع عن انتقالها إلى الوارث غايه الأمر يجب عليه دفع ما قابل سهمه ممّن ينعتق عليه إلى الديّان جمعا بين الحقّين و هذا لا يلازم التقويم عليه فى جميع الصّور حتى مع الدّين الغير المستغرق و لا يلازم القول بانعتاق الأم على الولد بمقدار تمام نصيبه من التركه

و لتوضيح ذلك لا بأس بذكر بعض عبائر القوم و عباره المسالك فى نكاح الإماء قال فى الشّرائع فى باب الاستيلاد إذا مات مولاها و ولدها حىّ جعلت فى نصيب ولدها و عتقت عليه و لو لم يكن سواها أعتق نصيب ولدها منها و سعت فى الباقى و قال فى نكاح الإماء فأمّ الولد لا تنعتق إلّا بعد وفات مولاها من نصيب ولدها و لو عجز النّصيب سعت فى المتخلّف و لا يلزم ولدها السّعى فيه أو الفكّ من ماله و قيل يلزم و مراده من هذا القائل هو الشّيخ فى النهايه حيث قال يجب السّعى على الولد إذا كان ثمنها دينا على مولاها و لم يخلّف سواها

و عن الوسيله أنّه يجب السّعى عليه إن كان عليه دين فى غير ثمنها و عنها أيضا أنه يجوز بيعها فى دين مولاها و إن لم يكن ثمنا إذا كان الدّين محيطا بالتّركه و قال فى المسالك لا ريب أنّ مجرّد الاستيلاد ليس سببا للعتق نعم تتشبّث بالحريّه و إنّما تعتق بموت المولى لأن ولدها ينتقل إليه منها شى ء أو ينتقل جميعا إذا كان هو الوارث خاصّه فتنعتق عليه ما يرثه منها لأنّ الولد لا يملك الأمّ و لو بقى منها شى ء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التّركه يفى به و إلّا عتق بقدره و لو عجز النّصيب عن المتخلّف منها سعت هى دون الولد و لا يسرى إليه لو كان له مال من غير التّركه لأنّ السّرايه مشروطه بالملك الاختيارى و الإرث ليس منه و إنّما سرى إليه فى باقى نصيبه من التّركه لإطلاق النصوص فى أنّها تعتق من نصيبه من التّركه و إلّا لكان الأصل أن لا ينعتق عليه سوى نصيبه منها ثم نقل عن النّهايه وجوب السّعى على الولد إلى أن قال الأقوى انتقال التّركه إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرّف فيها على تقدير استغراق الدّين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء مقدار قيمه النّصيب من ماله انتهى

و فى الجواهر فى كتاب الاستيلاد بعد أن نقل عن الدّروس جواز بيعها فى الدّين المستغرق لأنّه لا نصيب

لولدها الّذى عتقها بعد الوفاه مستند إليه قال و إن كان قد يناقش بأنّ الأصحّ انتقال التّركه إلى الوارث و إن كان الدّين مستغرقا فيتّجه انعتاق نصيبه منه بملكه و إن كان الدين مستغرقا لكن قد يدفع لظهور النصوص فى انعتاقها من نصيب ولدها الّذى لا تعلّق حقّ فيه و الفرض فى المقام تعلّق حقّ الدّين فيها و إن قلنا بملك الوارث اللّهمّ إلّا أن يكلّف الولد بما يخصّها من الدّين أو هى بالسّعى و هما لا دليل عليهما بل ظاهر الأدلّه خلافه

و لا يخفى أنّ هذا الكلام الأخير من الجواهر هو الوجه الأوّل فى كلام المقابس و هو قوله إنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النّصيب من غير أن تقوم عليه أصلا إلى آخره

إذا عرفت ذلك فنقول على فرض رجوع ضمير منها فى عباره المسالك إلى التّركه حتى يكون مختاره انعتاق الأمّ على الولد بمقدار نصيبه من التّركه إلّا أنّ ظاهر كلامه إنّما هو فيما لم يكن على الميّت دين و أمّا إذا كان عليه دين فلم يظهر منه ذلك فيمكن أن يلتزم بانعتاقها عليه بمقدار نصيبه من تمام التّركه أو بمقدار نصيبه من الأم

فلو أراد الأوّل يرد عليه أنّه لا وجه لانعتاق هذا المقدار مع قابليّه غير الأم لتعلّق حقّ الدّيّان به و لو أراد الثّانى لا يرد عليه إلّا ما أفاده صاحب الجواهر من أنّ نصوص الانعتاق ظاهره فى النّصيب الّذى لا يتعلّق حقّ به و فى مورد الدّين المستغرق يتعلّق حقّ الدّيّان به و لكنّك خبير بأنّ نصوص الانعتاق غير متعرّضه لهذه الجهه و لا يستفاد منها أنّه إذا انعتقت الأمّ على الولد لا تتقوم عليه و لو فرض دلالتها على ذلك يلتزم بوجوب السّعى على الأم

فدعوى أن ما أفاده المسالك قطعىّ البطلان و لم يقل به أحد من أصحابنا ممّا لا يصغى إليها و على أىّ حال سقوط حقّ الديان عن أمّ الولد عينا و قيمه بحيث تكون من قبيل مئونه التّجهيز لا وجه له فإنّ الانعتاق لا يقتضى ذلك

[و منها تعلّق كفن مولاها بها]

قوله قدّس سرّه و منها تعلّق كفن مولاها بها إلى آخره

هذه هى الصوره الثّانيه من موارد القسم الأوّل الّذى قيل بتعلّق حق المولى بها على ما حكاه فى الرّوضه و لكن قيّد جواز بيعها لكفنه بما إذا لم يمكن بيع بعضها و إلّا اقتصر عليه و يلحق بالكفن سائر مئونه التّجهيز فإنّها أيضا كالكفن يقدم على الإرث

ثم إنّ الكلام فيه يقع تاره بناء على عدم جواز بيعها إلّا فى ثمن رقبتها و أخرى بناء على جوازه فى مطلق الدّين أمّا على الأوّل فالحقّ أنّها لا تباع لمئونه التّجهيز أيضا و ما يقال من أنّ المنع عن بيعها إنّما هو لغايه الإرث و مع احتياج الميّت إلى التّجهيز فلا إرث مدفوع بأنّ هذه حكمه لا عله حتى يدور الحكم مدارها هذا مضافا إلى أنّ هذا فرع تقدم حقّ الميّت و مقتضى ما يستفاد من الرّوايه المتقدّمه من أنّهن لا يبعن فى غير فكاك رقابهنّ هو تعلّق حقّ الورثه بها

و أمّا على الثّانى فقد يتوهّم أنّه لا مانع من بيعها لمئونه التّجهيز لأنّه لا إشكال فى أنّ الإرث واقع فى المرتبه الرابعه من مراتب

تعلّق الحقوق بمال الميّت فإنّ أوّل المراتب هو مئونه التّجهيز على ما يستفاد من النصوص من أنّه يبدأ بالكفن و الثّانى هو الدين و الثّالث هو الوصيّه و الرابع هو الإرث فإذا كان الكفن مقدّما على الدّين الّذى هو مقدّم على الإرث بمرتبتين فتقدّمه على الإرث بطريق أولى و من هذا البيان يمكن القول بتقديم الكفن على

الإرث بل على الدّين الّذى فى ذمّه المولى من ثمن رقبتها حتّى بناء على اختصاص جواز بيعها بذلك

و لكنّك خبير بفساد التوهم المذكور سيّما بناء على انحصار جواز بيعها فى ثمن رقبتها فإنّ الإرث و إن كان فى المرتبه الرابعه من الحقوق المتعلّقه بمال المورّث إلّا أنّ أولويّه تعلّق حق التّجهيز من الاستيلاد ممنوعه لأنّه يمكن أن يقال بتقدم حقّ الميّت على الاستيلاد إذا كان له مال بمقدار التّجهيز فيؤخذ منه الكفن و لا يصرف فى ثمن رقبه الأمه فضلا عن سائر الدّيون بل تباع الأمه فى ثمن رقبتها و لا يكون هذا التقدّم فيما إذا لم يكن له مال غير الأمه بل يمكن الجمع بين الحقّين بأن تنعتق الأمه من نصيب ولدها و تتعلّق برقبتها مئونه التّجهيز فتوجر نفسها لها

و كيف كان فدعوى الأولويّه القطعيّه غير مسموعه فما يستفاد من المصنف قدّس سرّه من أنّ تقدم حقّ الميّت على حقّ أمّ الولد إذا كان له مال بمقدار تجهيزه حيث إنّه يصرف المال فى التّجهيز و لا تخلص الأمه من ثمن رقبتها بهذا المال بل تباع هى لهذا الدّين يقتضى ترجيح حقه على حقّها فيما إذا لم يكن له مال بهذا المقدار فلا بدّ أن يصح بيعها لصرف ثمنها فى مئونه التّجهيز إذا لم يكن عليه دين فيه أنّه لا ملازمه بين الصّورتين فلعلّ بيعها فى ثمن رقبتها كان لخصوصيّه لا تجرى فى غير هذا المورد

و بالجمله لمّا ثبت بالدّليل جواز بيعها فى ثمن رقبتها فتباع له لو لم يكن للمولى مال آخر أو كان و لم يكن أن يصرف فى الدّين كنفس كفنه أو ثمنه و أمّا إذا لم يكن ثمن رقبتها دينا على المولى فلا وجه لأن يتقدم حقّ المولى على حقّ الأمه مع عدم قيام الدّليل على جواز بيعها فى ثمن كفن المولى مع كون الاستيلاد سابقا و عدم إحراز أهميّه حقّ المولى حتّى لا يكون موقع لترجيح الأسبق زمانا على اللّاحق

ثم إنّه لو قيل بالجواز فإنّما هو فيما لم يكن متبرّع لمئونه التّجهيز بل قيل إنّه لو أمكن استسعاء الأمه لها بأن توجر نفسها لها يبقى حقّ الاستيلاد لإمكان الجمع بين الحقّين و ارتفاع الضّروره و تغليب جانب الحريّه ثم لا يخفى ما فى

قوله قدّس سرّه و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى فساد بيعها قبل الحاجه إلى الكفن

لأنّه لو فرض الشكّ فى أهميّه حقّ المولى حتّى يقدم على حقّ الأمه و لو كان سابقا أو أهميّه حق الأمه أو تساوى الحقّين حتى يقدم حق الأمه لسبقه فلا يمكن التمسّك باستصحاب المنع لعدم إحراز اتّحاد القضيّه المشكوكه مع المتيقّنه لأنّ بيعها قبل الموت لم يكن بيعا فى الكفن إلّا أن يقال ليس هذا اختلافا فى الموضوع بل إنّما هو من الأحوال العارضه له الّتى لم تكن فى السّابق ثمّ عرضت بعد ذلك فصارت منشأ للشكّ فى الحكم

[و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حال حياته]

قوله قدّس سرّه و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حال حياته إلى آخره

أى من موارد القسم الأوّل جنايه الأمه على غير مولاها فى حياه المولى و أمّا بعد موته فهى إمّا حرّه خالصه أو أمه كذلك و

الحكم فى كلتا الصّورتين واضح ثم إنّ جنايتها فى حياه المولى إمّا عمديّه و إمّا خطائيه

أمّا العمديّه فحيث إنّ الخيار للمجنى عليه أو ورثته فلا إشكال فى قابليتها لأن تسترق و تصير قنّا خالصا و ملكا طلقا إمّا كلا أو بعضا و لا وجه لتوهم انتقالها إلى المجنى عليه أو ورثتها على نحو كان ملكا للمولى من التّشبّث بالحريّه لأنّها لم تنتقل إليه بنقل من المولى حتّى تكون كما كانت بل إنّما انتقلت قهرا عليه و من دون اختيار و مباشره منه و إلّا كان باطلا لما تقدم من أنّ عدم جواز النّقل لا يختصّ بالبيع بل من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أنّ ذكر البيع فى قوله ع لا تباع من باب التّنبيه على العام بذكر الخاصّ فلا يصحّ النّقل من المولى مطلقا

فالجنايه العمديّه لا إشكال فيها

و أمّا الخطائيّه فالحقّ أنّه لا يجوز للمولى تسليمها إلى المجنى عليه أو ورثته سواء قلنا بأن التّخيير بين الفداء و التّسليم من التّخيير بين الأمرين الوجوديّين أو من التّخيير بين الوجودى و العدميّ و هما الفداء و التّخليه بينها و بين المجنى عليه أو ورثته لأنّ ترك الفداء و التّسليم أو التّخليه يقتضى استحقاق المجنى عليه أو ورثته استرقاقها أمّا على الأوّل فواضح لأنّ فى جميع موارد التّخيير بين الوجوديّين إذا تعذّر أحد فرديه يتعين الآخر ففى المقام تسليمها من المولى متعذّر لما عرفت من أنّ كلّ نقل منه ممتنع فيتعيّن عليه الفداء و أمّا على الثّانى فإنّ الترك و إن كان عدميّا إلّا أنّ المولى صار سببا للاسترقاق و الانتقال إلى غيره حقيقه و فى المعنى هو نقلها من ملكه إلى ملك غيره فيمتنع عليه أيضا فينحصر التخلّص بالتّفديه

[و منها ما إذا جنت على مولاها]

قوله قدّس سرّه و منها ما إذا جنت على مولاها إلى آخره

لا يخفى أنّ جواز بيعها فى هذه الصّوره و ما يتلوها من الصّور لا يخلو من الإشكال

أمّا هذه الصّوره فلأنّ جنايتها على مولاها لا توجب جواز بيعها لمولاها مطلقا بعد ما ثبت عدم صحّه النّقل من مولاها و إنّما أثر جنايتها العمديّه هو جواز قتلها و الوجوه الّتى قيل بها لصحّه التصرّفات النّاقله من مولاها أو ورثته استحسانيّه و أمّا الصور الأخرى و هى جنايه الحرّ عليها و استرقاقها بعد لحوقها بدار الحرب و خروج مولاها عن الذمّه و قتل مولاها الذمّى مسلما فالمشهور فى الأولى و الثّانيه هو عدم دخولهما فى المستثنيات و بيّن المصنف وجهه فى المتن و أمّا الثّالثه فالمشهور هو أنّ الذمّى إذا خرق الذمّه جرى عليه حكم الحربى فيلزم استرقاق أم ولده فيحلّ التصرّف فيها

و أمّا الرابعه فظاهر فتوى الفقهاء فى قولهم و يدفع هو و ماله إلى أولياء المقتول إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه أن جميع أمواله ينتقل إلى ورثه المقتول حتّى أمّ الولد إلّا أنّ المسأله لا تخلو عن الإشكال هذا تمام الكلام فى القسم الأوّل

و أمّا موارد القسم الثّانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعات من حقّ الاستيلاد

فمنها بيعها على من تنعتق عليه و منها بيعها بشرط العتق و منها بيعها ممّن أقرّ بحرّيتها و منها بيعها لترث ممّن لا وارث له سواها و الحقّ صحّه البيع فى الجميع

أمّا بيعها على من تنعتق عليه فلأنّ أدلّه المنع عن جواز التصرفات النّاقله من المولى لا تشمل ذلك فإنّ ظاهرها المنع عن إخراجها عن ملكه الموجب لتفويت أثر الاستيلاد و بعباره أخرى تنصرف الأدلّه إلى الملك المستقرّ لا الملك آنا ما و النّقل الموجب لانعتاقها فورا على من اشتراها و أمّا بيعها بشرط العتق فكذلك أيضا بناء تأثير الشرط وضعا بحيث لو امتنع المشروط عليه من

الوفاء بالشّـرط أجبره الحاكم عليه و لو لم يمكن فيعتقها بنفسه (۱)و أمّا بيعها ممّن أقر بحريّتها فالإشـكال عليه بأنّه لا يجوز بيعها على أيّ حـال سواء علم المولى بكـذبه أو علم بصـدقه لأـنّ الحرّ لاـ يجوز بيعه إنّمـا يتجه لو لم يعلم مناط المنع و أمّا لو علم فلا مـانع من بيعها لانصـراف أدلّه البيع إلى الملك المسـتقرّ و أمّا بيعها لأن ترث و تنعتق فلأنّ النّقل ليس اختياريّا من المولى لأنه لو امتنع عنه يباع عليه قهرا و أدلّه المنع عن البيع لا تشمل

۱- لاـ يخفى أنّه بناء على ما تقـدّم فى بيع العبـد المسـلم من الكافر من عـدم جوازه و لو بشـرط العتق فيجرى المنع هنا أيضا لأنّ للمشروط له إسقاط الشرط إلّا أن يقال بأنّه ليس له ذلك فى المقام و هذا لا دليل عليه منه عفى عنه

هذا المورد كما لا يخفى

[و من القسم الثّالث و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاد]

[ما إذا كان علوقها بعد الرّهن]

قوله قدّس سرّه و من القسم الثّالث و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاد ما إذا كان علوقها بعد الرّهن إلى آخره

لا يخفى أنّ نسبه الرّهن إلى الاستيلاد نسبه التزاحم لا التّعارض و ذلك لعدم امتناع تشريع الحكمين ثبوتا و إنّما لا يمكن الجمع بينهما فى الخارج لتزاحم الحقّين فهما كتزاحم الحكمين فإذا كان كذلك فلا بد من إعمال مرجّحات باب التزاحم و من المرجّحات كون أحد الحكمين مشروطا بالقدره عقلا و الآخر مشروطا بها شرعا و هذا المرجّح مقدم رتبه على الأسبق زمانا فإنّه متأخّر عن جميع المرجّحات الخمسه المذكوره فى التّزاحم و لا شبهه أنّه يشترط شرعا فى صحّه الرهن حدوثا و بقاء قابليّه العين المرهونه لأن تكون مخرجا للدّين فمع حدوث حقّ الاستيلاد ليست الأمه قابله لأن تكون كذلك

و أمّا فى طرف الاستيلاد فلم تؤخذ القدره شرطا شرعا فمع إمكان تأثير الاستيلاد يتقدّم على المزاحم له هذا مع أنه يظهر من بعض الأساطين حرمه وطى الأمه المرهونه على المالك الرّاهن بدون إذن المرتهن و علّلها بأنّه تعريض لإبطال الرهانه فيستكشف من ذلك أن بطلان الرّهن بالاستيلاد مسلّم و إلّا لم يكن وجه لحرمه وطى الأمه على مالكها فحرمه وطى الأمه على المولى الراهن كحرمه وطيها فى حال الحيض و الحرمه التكليفيّه لا توجب رفع أثر الاستيلاد غايه الأمر حيث إنّ الرّاهن أتلف على المرتهن العين المرهونه يجب عليه تبديلها بعين أخرى تكون رهنا كما ذكروا ذلك فى مسأله إتلاف الراهن و لا يمكن قياس الوطى على البيع فإن بيع الرّاهن لو كان محرّما لا يؤثّر فى النّقل إلى المشترى لأنّه لا أثر له إلّا النقل و هذا بخلاف الوطى فإن حرمته لا توجب عدم ترتب الأثر التّكوينى عليه و لم يقم دليل على اعتبار حليّه الوطى فى تأثير الاستيلاد إلّا دعوى انصراف أدلّته إلى ذلك و هو ممنوع أو شبهه احتمال اعتبار الطلقيّه و مانعيّه الرهانه عنه و هو دور واضح لأنّه لا يمكن أن يحفظ الحكم موضوع نفسه فإن تأثير الرّهن يتوقّف على قابليّه العين المرهونه لأن تكون مخرجا للدين و قابليّتها تتوقّف على عدم مزاحمه الاستيلاد لها و عدم مزاحمته لها يتوقف على أن يكون الرّهن مانعا عن تأثير الاستيلاد و لا عكس لأنّ الاستيلاد لا يتوقف إلّا على كون الأمه ملكا للمولى

و أمّا كون المولى مالكا للوطى بأن لا يكون عليه محرما فلم يقم عليه دليل كما قام الدّليل على عدم تأثير الاستيلاد فيما إذا كان ثمنها دينا على المولى

و ممّا ذكرنا ظهر حكم ما إذا كان علوقها بعد اشتراط المولى أداء مال الضّمان منها و ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه و كانت فاضله عن مستثنيات الدّين أمّا مسأله اشتراط أداء مال الضّمان منها على فرض صحّته كما هى الأقوى فلأنّها داخله فى باب الرّهن لأنّ اشتراط الضّمان من مال معيّن مرجعه إلى جعل المال رهنا على دين الغير فعلى ما اخترناه من تأثير

الاستيلاد المتأخّر و مانعيّته عن كون الأمه مخرجا للدّين لا يصحّ أداء مال الضّمان منها

و أمّا مسأله الحجر فحاله أردأ من الرّهن لأنّ مجرّد حجر الحاكم على أموال المفلس لا يوجب تعلّق حق للديان بالأموال غايه الأمر أنّه ممنوع من التصرّف و يحرم عليه وطى الأمه الّتى تعلّق الحجر بها و لو ادّعى اختصاص تأثير الحجر بقاء بما هو قابل للبيع بنفسه و أمّ الولد ليست كذلك لا يصحّ

الجواب عنه بأنّ الحجر السّابق موجب للقابليّه

و بالجمله كلّ حقّ معلّق على عدم شى ء لا يمكن أن يزاحم مع هذا الشّى ء فلا وجه لتأثير الحجر فى المقام لا يقال مقتضى ما تقدم سابقا من أنّ أدلّه عدم جواز بيع أمّ الولد لا يتعدّى منها إلّا إلى كلّ ناقل اختياريّ من طرف المالك كالصّلح و الهبه و نحو ذلك أن تكون النواقل القهريّه مانعه عن تأثير الاستيلاد إذا كانت سابقه عليه و لذا يقدم حقّ المجنى عليه على الاستيلاد إذا كانت الجنايه عمديّه لأنّا نقول مناط عدم جواز النّقل من طرف المالك هو لزوم بقاء الأمه فى ملك المولى لتنعتق من نصيب الولد فالاستيلاد موجب لتعلّق حق من الأمه على المولى أو على ولدها أى موجب لتشبّثها بالحريّه فالمناط يجرى فى مطلق النّواقل و إن كانت قهريّه إلّا إذا كانت رافعه لموضوع الاستيلاد كالجنايه العمديّه حيث ثبت أن لورثه المجنى عليه قتل الأمه أو الاسترقاق و أمّا سائر الحقوق فحيث إنّها علّقت على إمكان استيفائها من متعلّق الحقّ فحقّ الاستيلاد رافع لموضوعها

و بالجمله فرق بين الرهانه و ما يحذو حذوها كتعلّق الضّمان بها و تعلّق حق الغرماء و نحو ذلك و بين الجنايه العمديّه فإنّ الجنايه العمديّه و لو كانت متأخره عن الاستيلاد ترفع موضوع حق الأمه و أمّا فى الجنايه الخطائيّه و نحوها من الحقوق فالأمر بالعكس و لو كانت سابقه على الاستيلاد لأنّه رافع لموضوعها

و ممّا ذكرنا ظهر حكم الاستيلاد فى زمان خيار بائعها فإنّ علوقها فى ملك المشترى يمنع من تأثير حق الخيار فى استرداد عين الأمه سواء قلنا بتعلّق حق الخيار بالعقد كما هو الأقوى أو قلنا بتعلّقه بالعين أمّا على الأوّل فواضح لأنّ الأمه ملك طلق للمشترى فتصرفه فيها ليس محرّما فضلا عن عدم كونه مؤثّرا أثره التكوينى و أمّا بناء على تعلّقه بالعين فغايه الأمر يصير الوطى محرّما عليه كوطى الأمه المرهونه و قد عرفت أنّ فى باب التزاحم ليس المدار على تقدم السّابق إلّا إذا كان المتزاحمان متساويين من جميع الجهات و إلّا كان اللّاحق مقدّما على السّابق

[و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه]

قوله قدّس سرّه و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه إلى آخره

لا يخفى أنّ النّذر تاره يكون من نذر النّتيجه كنذر كونها صدقه و أخرى يكون من نذر الفعل بأن نذر أن يتصدّق بها و على التّقديرين فتاره النّذر مطلق و أخرى معلّق و المعلّق عليه إمّا معلوم التحقّق أو مشكوك فإذا نذر كونها صدقه و كان مطلقا فلا إشكال فى عدم تأثير العلوق لخروجها عن ملكه بمجرّد النّذر و أمّا إذا كان معلّقا فاستولدها قبل حصول المعلّق عليه ففى تأثير النّذر أو تأثير الاستيلاد وجهان و قبل تحقيق الحقّ ينبغى بيان حكم منذور الصّدقه إجمالا

فنقول بناء على صحّه نذر النّتيجه كما هو المشهور فلو نذر أن تكون الشاه صدقه بلا قيد فبمجرّد النّذر تخرج عن ملكه و لا يجوز له التصرّف فيها مطلقا و ذلك واضح و هكذا لو نذر أن يجعلها صدقه فإنّه حيث لم يعلّق الفعل على شى ء يجب عليه الوفاء به تكليفا و لا ينفذ تصرّفاته فيها وضعا نعم فى خروجها عن ملكه بمجرّد النّذر خلاف

و يظهر من صاحب المقابس أنّه لو كان النّـذر بصـيغه للّه علىّ أو علىّ عهدا للّه أنّ هذا المال المعين صدقه للفقراء فبمجرد النذر يخرج المنـذور عن ملكه و يبطـل جميع تصـرفاته إلّا فى موردين أحـدهما ما إذا كان مقصوده كون قيمته صـدقه فيصـحّ تصـرّفه لذلك و ثانيهما ما إذا نذره لمعين فردّه و لم يقبل فينفسخ النّذر و أما فى نذر

الفعل كنـذر الهبه و الوقف و الإبراء و الإعتاق و الوصيّه و التّدبير و التصدق و الإهداء و التضـحيه و نحوها ففى السّـتّه الأولى لا يخرج المال عن الملك بالنّذر و فى الأخيرين وجهان

ثـم نقـل عن العلّامه و ابن إدريس أنّ فى نـذر الإهـداء يخرج عن الملـك بمجرّد النّـذر ثمّ قـال و عنـدى أنّ لهـذا النّـذر معنيين أحدهما أن ينذر جعل الغنم هديا أو أضحيه و ثانيهما أن ينذر فعل الإهداء و التّضحيه فعلى الأوّل لا يخرج عن الملك ما لم يقل بعـد النـذر جعلت هـذا هـديا أو أضـحيه على القول بأنّه يتعيّن بالنّيّه و خروجه بـذلك عن الملك على القول الآخر و على الثّانى يخرج عن الملك بالنّذر و حمل كلام العلّامه و ابن إدريس على الثّانى

و لكنّك خبير بعـدم الفرق بين نـذر جعل الغنم هـديا أو نـذر فعل الإهـداء فإنّه لو قلنا بخروج المال بمجرّد النّذر عن الملك فى الثّانى لكان اللّازم أن يكون المال خارجا عن ملكه بالأوّل أيضا و على أىّ حال سواء قلنا بخروجه عن ملكه كما فى القسم الأوّل و هو مـا إذا نـذر أن تكون الشّاه صـدقه أم لم نقل لا يجوز لها التصـرّفات المنافيه و يجب عليه الوفاء بالنّـذر بحيث لو امتنع فعلى الحاكم أن يتصدق

بل يظهر من العلّامه أنّ المسأله مسـلّمه حتى فى النـذر المشـروط الّـذى حصل شـرطه و كيف كان لا فرق بين نـذر النّتيجه و نذر الفعل فى أنّه لا يصحّ للنّاذر التصرّفات المتلفه إذا كان مطلقا أو مشروطا بشرط حاصل قلنا بخروجه عن الملك فى الصّوره الثانيه أو لم نقل

و أمّا النـذر المشـروط الّـذى لم يحصل شـرطه فهو على قسـمين قسم يعلم بتحقّق شـرطه كما إذا علّقه على الوقت الّذى يعبّر عنه بـالتّعليق على الوصـف أو علّقه على الشّرط المعلوم تحقّقه كموت شـخص و قسم لا يعلم تحقّق الشّـرط و فى كلا القسـمين لا يخرج المال عن ملكه بمجرد النّذر إنّما الكلام فى جواز التصـرّف المنافى فالمشهور عدمه لو علم بتحقّق الشّرط دون ما لو شكّ فيه لأنّ مع علمه بحصول شرطه يجب عليه إبقاؤه فى ملكه ليتمكّن من الوفاء بالنّذر

و لكن الأقوى أنه لا يجوز له التصـرّف المنافى مطلقا لأن مرجع الشكّ فى تحقّق الشّـرط إلى الشكّ فى القـدره على الامتثال و كلّمـا كـان الشـكّ فى ذلـك يجب عليه الفحص أو الاحتيـاط كمـا بيّنـا ذلك فى الأصول فمنـذور الصّـدقه على جميع الصّور و الأقسـام لا يجوز للنّاذر التصـرّف المنافى فيه إنّما الكلام فى أنّ وطى الأمه الّتى نـذر التصـدّق بها هل يكون منافيا للنّـذر أم لا و الأقوى ابتناء جواز الوطى على عدم تأثير العلوق فى انعتاق الأمه على الولد و تأثيره فيه فلو كان العلوق مؤثرا يحرم عليه التصـرّف لأنّ أمّ الولـد لا يمكن صـرفها فى النّـذر و لو لم يكن مؤثرا فلا مانع من وطيها إذا لم تخرج عن ملكه بمجرّد النّـذر كما إذا كان النّذر مشـروطا بشـرط غير حاصل إذ قد تقدم أنّ فى باب تزاحم الحقوق ليس المدار على السّبق و اللّحوق و تقديم السّابق مطلقا بل إذا كان المتزاحمان متساويين من جميع الجهات فالسّابق مقدم على اللّاحق و أمّا إذا اختلفا بأن كان أحدهما مقيدا بقيد يرفعه اللّاحق بوجوده فلا أثر للسّبق

و لـذا قلنا إنّ الاستيلاد مقـدم على حقّ الرّهانه و حقّ الغرماء و نحو ذلك و مؤخر عن الجنايه العمديّه و إن سـبقها فى الزّمان و لا

يقـال إنّ النّـذر و الاستيلاد كليهمـا حقّـان واردان على الأمه فى رتبه واحـده و كـلّ واحـد قابل لأن يرفع موضوع الآخر لأنّ فى موضوع النّذر أخذ القدره على العمل به و الاستيلاد مانع عنه

فينحلّ النّذر و فى موضوع الاستيلاد أيضا اعتبر بقاء الأمه فى ملك المالك إلى زمان موته حتى تنعتق من نصيب ولدها و إذا كان كلّ منهما قابلا لأن يرفع موضوع الآخر فيتزاحمان و يقدّم الأسبق زمانا

لأنّا نقول إنّ النّذر المشروط سواء علم بتحقّق شرطه كالمعلّق على الزّمان أو شكّ فيه لا يمكن أن يزاحم حقّ الاستيلاد إذا تحقّق العلوق قبل الشّرط سواء تحقّق الشّرط قبل الموت أو بعده

أمّا إذا تحقّق الشّرط بعد الموت فواضح لأنّ المفروض بقاء الأمه فى ملك المولى قبل حصول الشّرط فإذا مات تنتقل الأمه إلى ولدها فتنعتق عليه قهرا و لا يمكن بقاؤها فى ملك الولد إلى زمان حصول الشّرط و أمّا إذا تحقّق الشّرط قبل الموت فلأنّ القدره أخذت فى موضوع النّذر و أمّا الاستيلاد فلم يؤخذ فى موضوعه سوى تحقّق العلوق فى الملك و أمّا كون المال باقيا فى ملك المولى إلى زمان موته فهو من أحكام الاستيلاد و عدم ترتب هذا الحكم عليه فرع تأثير النّذر و تأثيره يتوقّف على بقاء موضوعه و الاستيلاد يرفع موضوعه و إن كان متأخرا زمانا

ثم إنّه إذا أثّر الاستيلاد و قدّم على النذر فهل ينحل النّذر كما احتمله المصنف قدّس سرّه و وجّهه بصيروره النذر مرجوحا أو يتحقّق الحنث و يجب عليه الكفّاره و يضمن عوض المنذور وجهان و الأقوى هو الثّانى

و توضيح ذلك أنّ انحلال النّذر مورده ما إذا كان المنذور راجحا فعله ظاهرا حين النّذر و انكشف كونه مرجوحا فى ذاته من دون اختيار النّاذر بناء على ما هو الأقوى من أن المدار فى الرّجحان المعتبر فى متعلّق النّذر إنّما هو حين العمل لا حين النّذر لأنّ النّذر حكمه حكم الإيجاب من الشّارع فكما يعتبر شرائط التّكليف من القدره و البلوغ و العقل حين الوجوب لا حين الإيجاب فكذلك يعتبر الرّجحان فى متعلّق النّذر حين العمل فإذا نذر المستطيع قبل الموسم أن يزور الحسين عليه السّلام فى عرفه لا ينعقد نذره لكونه حين العمل مرجوحا و إذا نذر غير المستطيع أن يزوره فى كل سنه ينحلّ نذره فى سنه الاستطاعه كما لو نذرت المرأه صوم سنه فحاضت فى بعض الشّهور

و أمّا إذا جعله النّاذر على نفسه مرجوحا باختيار منه كمسألتنا هذه فإنّه وطئ الأمه المنذور التصدّق بها و أحبلها فحكمه حكم ما إذا أعدم الموضوع بالاختيار كما إذا قتلها فإنّه كما يجب عليه الكفّاره و العوض لو قتلها فكذلك لو أحبلها و لا يتوهّم أنّه لو كان الوطى حراما لا يؤثر الاستيلاد لما ذكرناه من أن تأثيره موجب للحرمه فلا يمكن أن يكون الحرمه علّه لعدم تأثير الاستيلاد نظير ما ذكروه من حرمه السّفر بعد ظهر يوم الجمعه و حرمه السّفر على من تضيّق عليه وقت قضاء صوم شهر رمضان

و بالجمله فرق بين وطى الأمه المزوّجه من الغير و وطى الأمه المنذور التصدّق بها فإنّ الأوّل لا يملك وطيها لكون بضعها حقّا للغير فحكمه حكم وطى أمه الغير فى عدم تأثير الوطى و هذا بخلاف وطى الأمه المنذور التصدّق بها فإنّ حكمه حكم وطى أمته فى حال الحيض فالحرمه التّكليفيّه الصّرفه غير مؤثّره فى رفع أثر العلوق بل لو لم تؤثر الحرمه فى المقام يلزم من وجودها عدمها و بعد تأثر الوطى فمقتضاه تحقّق الحنث لا الانحلال ثم إنّ هذا كلّه بعد فرض بقاء المنذور التصدّق به فى ملك النّاذر كما فى غير نذر النّتيجه إذا كان مطلقا و إلّا لا أثر للعلوق كما لا يخفى

[و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط]

قوله قدّس سرّه و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط إلى آخره

لا يخفى أنّ المكاتب المشروط

قبل أداء جميع مال الكتابه إذا وطئ الأمه الّتی اشتراها بناء علی أنّه فی حکم الحر تصیر الأمه المستولده أم الولد فعلا و لذا لا إشکال فی أنّ ولده منها حرّ إلّا أنّه إذا فسخت کتابته یرجع إلی الرقّیه فیجوز لمولاه أن یبیع أمته المستولده فیصیر المقام من موارد القسم الثّالث

[و القسم الرابع فهو ما کان إبقاؤها فی ملک المولی غیر معرض لها للعتق]

قوله قدّس سرّه و القسم الرابع إلی آخره

لا یخفی أنّه بعد ما علم من أنّ المدار فی انعتاق أمّ الولد إرث الولد منها فإذا حرم من الإرث لأحد موانع الإرث من القتل أو الارتداد أو لعدم تحقّق العلوق علی وجه ینسب الولد إلی أحد أبویه فلا مانع من بیعها لأنّه لا أثر لإبقائها فی ملکه هذا تمام الکلام فی هذا القسم من الملک الغیر الطّلق و الإنصاف أنّ المصنف قد أجاد فی تبویب المواضع القابله للاستثناء فجزاه اللّه عن الإسلام و أهله خیر الجزاء و لکنّ الأسف أنّ هذه المسأله لا موضوع لها فی عصرنا

[و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا کونه مرهونا]

اشاره

قوله قدّس سرّه و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا کونه مرهونا إلی آخره

لا إشکال فی أنّ الرّهن یوجب منع المالک عن التصرّف فی العین المرهونه کمنع المرتهن عن التصرّف فیها و لا إشکال أیضا فی أنّه لو تصرّف المرتهن فیها یتوقف نفوذ تصرّفه علی إجازه الرّاهن إنّما الکلام فی أنّ تصرّفات الرّاهن أیضا حکمها حکم تصرّف المرتهن فی أنّها تنفذ بإجازه المرتهن و بفکّ الرهانه و بإسقاط المرتهن حقّه أو إبرائه الراهن من الدّین أو أنّها تقع باطله لا تصحّحها الإجازه و لا غیرها قولان

ثمّ علی الصّحه هل یجری نزاع الکشف و النّقل أو لا بدّ من القول بالنّقل فالبحث فیها من جهات

الأولی فی صحّتها بالإجازه

و الأقوی هو الصّحه لأن غایه ما استدلّ به للبطلان هو ما أفاده صاحب المقابس من أنّ القدر المتیقّن من صحّه الفضولی هو ما إذا قصد الفضولی البیع من المالک فأجازه المالک و ذلک لا یتصوّر فی بیع الرّاهن لأنّه هو بنفسه یکون مالکا فلا یمکن أن یقصد البیع من غیره و لکنّه ممنوع جدّا لأنّ التمسّک بالقدر المتیقّن مبنی علی کون الفضولی مخالفا للقاعده و بعد ما عرفت فی بحث الفضولی کونه علی طبق القاعده فلا وقع له أصلا و إجمال ذلک أنّ الأفعال علی قسمین قسم لا یقبل النّیابه أصلا فهذا خارج عن محلّ بحث الفضولی موضوعا لأنّ ما لا یقبل النیابه فی أصل صدوره فعدم قبول وقوعه عن الغیر بإجازه منه أولی

و قسم يقبل النّيابه و هذا أيضا على قسمين قسم لا ينفكّ الفعل عن الأثر المرتّب عليه و الموجد به كالضّرب و هذا أيضا لا يقبل لأن يستند إلى الغير بإجازه منه لأنّ الفعل لا ينقلب عمّا هو عليه و لا يتغيّر بإمضاء الغير عمّا وقع و يلحق بهذا القسم مطلق الأفعال الّتى ليس لها مسبّب توليدى كالصّلاه و الصّوم و نحو ذلك فإنّها و إن كانت قابله للنّيابه فى بعض الموارد إلّا أنّها ليست قابله لوقوعها عن غير الفاعل بإجازه منه لأنّ الفعل بما هو فعل صادر عن الفاعل لا ينقلب عمّا هو عليه

و قسم يمكن أن ينفكّ الأثر عنه و هذا يمكن أن يستند إلى الغير بإجازه منه و العقود و الإيقاعات من هذا القبيل غايه الأمر أنّ بعض الإيقاعات خرج بالإجماع عن باب الفضولى و قد عرفت أنّ بعضها لا يمكن أن يكون من مصداق الفضولى

و على أىّ حال لا إشكال فى أنّ العقود لها جهتان جهه نفس الكلام الصّادر عن الفضولى و من هذه الجهه القول غير قابل لأن يستند إلى الغير بالإجازه و جهه مترتّبه عليه و هو الموجد بهذا الكلام و المنشأ بهذا الإنشاء الّذى يعبّر عنه بالمسبّبات المترتّبه على

الأسباب و هذا الموجد حيث إنّه بمجرّد إيجاد آلته لا يتحقّق فى عالم الاعتبار من كلّ من أوجده بل يعتبر أن يكون له الولايه على ذلك فإذا صدر آله الإيجاد من الغير فيمكن أن يتعلّق الإمضاء به من المالك و من له الولايه و حيث إنّ ما أوجده الفضولى ليس إلّا تبديل المالين و تغيير طرفى الإضافتين و هو الرّكن فى باب العقود لا قصد كونه لنفسه أو لغيره فإنّه لغو و هذا التبديل لا يتحقّق بمجرّد بيع الفضولى بل يقع موقوفا فبإجازه من له الولايه يستند إليه هذا المنشأ و الموجد و لا يتوقف إلى دليل خارجىّ غير عمومات أدلّه العقود مع أنّ من التّعليل الوارد فى باب نكاح العبد يستفاد صحّه الفضولىّ فى جميع أبواب العقود فإنّه إمّا من منصوص العلّه أو مستنبط العلّه القطعيّه فيتعدّى منه إلى كلّ ما هو مشترك معه فى العلّه

فإنّ قوله ع معلّلا صحّه نكاح العبد بالإجازه بأنّه لم يعص اللّه و إنّما عصى سيّده يمكن أن يكون من قبيل قوله ع الخمر حرام لأنّه مسكر فى كونه منصوص العلّه فإنّ ضابطه أن يكون العلّه بمنزله الكبرى الكليّه و المورد بمنزله الصّغرى لها و هذا يتوقّف على أن لا يكون للمورد خصوصيّه يحتمل أن يكون العلّه مخصوصه به كما إذا قيل الخمر حرام لإسكاره و أن لا يكون الحكم المعلّل متخصّصا بخصوصيّه موجبه للفرق بين الموارد المحكومه بهذا الحكم كما فى المثال فإنّ الحرمه فى جميع الموارد على سنخ واحد

و تقريب منصوص العلّه فى المقام أن يكون قوله عصى سيّده بمنزله عصى غيره بحيث يفهم عرفا عدم مدخليّه التصرّف فى سلطان السيّد بل المدار على التصرّف فى متعلّق حقّ الغير مطلقا و يمكن أن يكون من قبيل مستنبط العلّه بحيث لم يكن اللّفظ بمدلوله شاملا لغير مخالفه العبد سيّده بل يستفاد منه أنّ المناط فيه هو التصرّف فى حق الغير و إذا كان استفاده هذا المعنى قطعيّا فيخرج عن القياس و إلّا فلا اعتبار به

و لا شبهه فى تنقيح المناط القطعى و الجزم بعدم الفرق بين تصرف العبد فى سلطان المولى أو تصرف الراهن فى متعلّق حق المرتهن أو تصرّف المفلّس فى متعلّق حق الغرماء أو تزويج الأمه على الحرّه أو تزويج بنت الأخ أو الأخت على العمّه أو الخاله أو بيع من عليه الزكاه المال الزكوى فإنّ فى جميع موارد تصرّف من ليس له السّلطنه التامّه إمّا لقصور فى المقتضى كبيع مال الغير أو لوجود المانع كبيع الراهن العين المرهونه إذا أجاز من له الحقّ ينفذ التصرف بل لو ارتفع المانع بفكّ الرهانه أو إبراء المرتهن صحّ بيع الرّاهن لأنّه لم يكن فيه جهه نقص إلّا كون المبيع متعلّقا لحق الغير فإذا ارتفع حقّ الغير يرتفع النّقص بل صحّه بيع الراهن بإجازه المرتهن و نحوها أولى من صحّه بيع الفضولى بإجازه المالك

و بالجمله ما اعتبره صاحب المقابس فى صحّه الفضولى من قصد النّيابه عن المالك ممّا لم يقم عليه دليل هذا مع أنّه لم يعلم أنّه قدّس سرّه هل اكتفى فى صحّه هذا القسم بإمكان قصد الفضولى النيابه عن الغير أو اعتبر فعليّته و على كلا التقديرين لا وجه له فإن مجرّد الإمكان مع عدم قصده النّيابه لا أثر له و لا يجعل العقد بما هو فعل صادر من الفضولى عقدا للغير بإجازته و لا يخرجه عن الحرمه على ما ادّعاه من أنّ العقد أو الإيقاع إن وقع بطريق الاستقلال فى الأمر لا على وجه النّيابه عن المالك فالظّاهر أنّه محرّم و اعتبار الفعليّه أيضا لا دليل عليه بعد كون الثّمن و المثمن معيّنين فى الخارج فإنّ قوام المعاوضه ليس بتعيين المالكين كما تقدّم

و ما أفاده فى قوله الّذى يظهر من تتبّع أدلّه العقود أنّها ما لم تنته إلى المالك

فیمکن وقوعها موقوفه علی إجازته و أمّا إذا انتهت إلیه و صدرت منه فإمّا تقع باطله أو صحیحه ففیه أنّه لا وجه للفرق بین القسمین فإنّها لو صدرت من المالک أیضا إذا تعلّق بمتعلّقها حق الغیر أمکن وقوعها موقوفه علی إجازته

و ما أفاده من أنّ التّعلیل المستفاد من الرّوایه المرویّه فی النّکاح و هو قوله ع لم یعص اللّه و إنّما عصی سیّده إنّما یجری فیمن لم یکن مالکا کالعبد و أما الراهن فهو عاص للّه ففیه ما لا یخفی فإنّ المراد من عصیان اللّه هو مخالفته فیما لم یمضه کالنّکاح فی العدّه لا مخالفته فی التعدّی فی حقّ الغیر فإنّ هذا هو معصیه الغیر فإذا أجاز جاز

و ما أفاده من أنّ الحرمه لو لم تکن لأمر خارج عن عنوان المعامله توجب الفساد ففیه ما تقدم من الأجوبه الخمسه عمّن استدلّ لبطلان الفضولی بحکم العقل و النّقل علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر إلّا بإذنه و هی منع کون مجرّد العقد علی متعلّق حقّ الغیر تصرفا أولا و منع حرمه کلّ تصرّف ثانیا و إمکان فرض رضا المرتهن ثالثا و منع اقتضاء کلّ حرمه فسادا رابعا و أنّ الفساد من قبل الفضولی لا یلازم الفساد المطلق خامسا

هذا مع أنّ الحرمه المتصوره فی المقام هی تسلیم الراهن العین المرهونه إلی المشتری دون مجرّد العقد علیها و لذا اعترف بصحّه بیع المرتهن بإجازه الرّاهن مع أنّ کلّا منهما ممنوعان من التصرّف فی العین المرهونه فکیف لا تقتضی حرمه تصرف المرتهن فساد بیعه و تقتضی فساد بیع الرّاهن و لو أجاب بأنّ توقّع المرتهن إجازه الرّاهن یخرج تصرّفه عن الحرمه ففیه أنّا نفرض الکلام أیضا فیما إذا باع الراهن متوقّعا لإجازه المرتهن

نعم هاهنا إشکالان آخران قد یتوهّم اختصاصهما بالمقام دون سائر أقسام الفضولی أحدهما أنّه بناء علی الکشف کما هو مختار جمع من المحقّقین یلزم أن یکون ملک غیر الرّاهن رهنا لأنّ الإجازه تکشف عن کون المبیع ملکا للمشتری فیلزم أن یکون ملکه من زمان العقد إلی زمان الإجازه وثیقه لدین البائع فیجب إمّا الحکم ببطلان البیع أو ببطلان الرهانه و فیه أنّ القائل بالکشف إذا تخلّص من إشکال الشّرط المتأخر فهذا الإشکال و نظائره لا تضرّه لأنّه یلتزم ببطلان الرّهانه من حین صدور البیع و لا یلزم محذور

هذا مع أنّ هذا الإشکال بعینه یجری فی سائر أقسام الفضولی فإنّ فی المقام یجری إشکال اجتماع البیع و الرّهن و فیما إذا باع مال الغیر یجری إشکال اجتماع مالکین فی زمان واحد علی شی ء واحد و هکذا ثانیهما أنّه یدخل المقام فی مسأله من باع شیئا ثم ملک غایه الفرق أنّ فی تلک المسأله صار البائع الفضولی مالکا للمبیع و فی المقام صار مالکا للبیع فإنّه قبل إجازه المرتهن لم یکن مالکا للبیع و بعد الإجازه ینکشف کونه مالکا له لأن إجازه المرتهن عباره عن إسقاط حقّه و إذا أثر إسقاط حقّه حین الإجازه فی سقوطه من زمان البیع ینکشف کون الرّاهن مالکا للبیع فیدخل فی مسأله من باع شیئا ثمّ ملک الّتی اخترنا فیها فساد البیع سواء أجاز أم لا

و فیه أیضا أنّ إدخال المقام فی مسأله من باع شیئا ثم ملک عباره أخری عن الإشکال الوارد علی الکشف و هو أنّه کیف یکون ما هو جزء العلّه لتحقّق الملک کاشفا عن تحقّق المعلول قبل ذلک ففی المقام أیضا یلزم أن یکون ما هو جزء العلّه لسلطنه البائع

على البيع و هو الإجازه كاشفا عن سلطنته قبل ذلك و مرجع الإشكال إلى أنّه كيف يكون الشى ء علّه لعدمه و كيف يجتمع حجر الرّاهن عن البيع مع سلطنته عليه و إلّا فغير

هـذا الإشـكال لا يرد على الإجازه لأنّ توقّف بيع الرّاهن على إجازه المرتهن كالعكس ليس من صـغريات من باع شـيئا ثم ملک بل الصّـغرى لهذه الكبرى هى أن يتحقّق الملک بعد البيع بغير إجازه المالک الأوّل و بغير إجازه المرتهن و سائر ذوى الحقوق و هذا إنّما يجرى فى المقام إذا ارتفع موضوع الرهانه بأداء الدّين أو بإسقاط المرتهن و سيأتى الكلام فيه

الجهه الثانيه فى أنّ النزاع فى الكشف و النّقل هل يجرى فى إجازه المرتهن أم لا

قـد يتوهّم أنّه لاـ موضوع لإجازه المرتهن فى المقـام حتّى يجرى فيه نزاع الكشف و النّقـل بل يتوقّف صـحّه بيع الرّاهن إمّا على إسقاط المرتهن حقّه أو على فكّ الرّاهن الرهانه و أما إجازه المرتهن فلا أثر لها لأنّ الإجازه إنّما تؤثر فى عقد الفضولى من باب أنّهـا توجب اسـتناده إلى المجيز و بهـا يصـير مخاطبـا ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المرتهن لاـ يمكن أن يتوجّه إليه خطـاب أَوْفُوا فلاـ أثر لإجازته و لا لردّه لأنّه بالنّسـبه إلى أصل الملک أجنبى غايه الأمر له حقّ بالنسـبه إلى العين يوجب عدم نفوذ بيع الرّاهن إلّا بزوال هذا الحقّ إمّا بإسقاطه أو بإبرائه من الدّين أو بفکّ الراهن الرهانه

و لكنّه لا يخفى فساد التوهّم فإنّ خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ليس تكليفيّا حتى يقال بأنّه لا يتوجّه إلى المرتهن بل هو خطاب وضعىّ و كنـايه عن أنّ العقـد نافـذ و ممضـى فكـلّ من له إضافه إلى الملک له إنفاذه و لا شـبهه أنّ المرتهن له حصّه من الإضافه و مرتبه منها بالمقـدار الّـذى نقص من الرّاهن و لـذا يعبّر عن ملكه بالملک الغير الطّلق و عـدم طلقيّته ليس إلّا من جهه واجـديّه المرتهن مرتبه منه فله ملـک إقرار العقـد و إزالته بـل تنفـذ إجـازه كـلّ من هو نظيره كإجـازه الغرماء عقـد المفلّس و إجازه الورثه وصـيّه الميّت فيمـا زاد عن الثّلث و إجـازه العمّه و الخـاله العقـد على بنت الأخ و الأخت و غير ذلک فإذا كانت الإجازه مؤثّره فى هـذه الموارد فمقتضاه أمران

أحـدهما أنّ ردّ ذى الحقّ أيضا مؤثر و يوجب إبطال أثر العقـد فإنّ فى جميع هذه الموارد ملک كلا الأمرين من الإقرار و الإزاله ثـابت لـذى الحقّ فبعـد الردّ لاـ يؤثر الإجـازه ثانيـا نعم إنّما يؤثّر الردّ فى المقام فى مورد فعليّه حق المرتهن و هو ما إذا حلّ أجل الدّين و أمّا لو لم يحل فلا يؤثر لأنّ العين إنّما تكون مخرجا للدّين إذا كان للدّائن حقّ المطالبه و قبل ذلک و إن كان له الإجازه الّتى أثرها إسـقاط حقّه الّذى يتحقّق بعد ذلک و أمّا ردّه فحيث إنّه يمكن للرّاهن فکّ الرّهانه قبل حلول الأجل فلا يؤثر فعلا فله الإجازه بعد ذلک

و ثانيهما جريان نزاع الكشف و النقل فيها على ما تقـدم سابقا من أنّ أركان العقـد ثلاثه منها ما به يتحقّق عقديّه العقد كشـرائط الإيجاب و القبول و منها ما هو فى عرض أجزاء العقـد جزء مؤثر فى المنشأ و إن تمّ العقد بدونه كالقبض فى بعض العقود و منها مـا يوجب نفوذ العقـد كالإجـازه و ما لا يجرى فيه نزاع الكشف و النقل هو القسـمان الأوّلان و أمّا الإجازه كانت من المالک أو غيره فيجرى فيها النّزاع لأنّ مناط جريانه فى إجازه المالک ليس من باب أنّ المالک يسند عقد الفضولى إلى نفسه حتى يقال إنّ إجازه المرتهن ليس فيها هـذا المناط بل من باب أنّ ما أوجـده الفضولى إنّما وجـد فى عالم الإنشاء لا فى عالم الاعتبار و تحقّقه فى عالم الاعتبار إنّما هو بإمضاء المالک أو من له الحقّ و هذا و إن اقتضى النّقل على ما هو الصواب و لكنّ القائل

بالكشف الّذى يدّعى أنّ بالإجازه يستكشف تحقّق المنشأ فى عالم الاعتبار حين الإنشاء يجب أن لا يفرّق بين إجازه المالك و إجازه المرتهن لأنّ كلّا منهما كاشف عن تحقّق المنشأ حين الإنشاء لأنّ المفروض أنّ العقد فى جهه العقديّه تامّ و لا يتوقّف تحقّق المنشأ على أمر آخر كتوقّف بعض العقود على القبض فإذا كان العقد سببا تامّا فلا فرق بين الأبواب أصلا

و قد تقدم فى الفضولى أنّه لا وجه لما عن المحقّق الثّانى مع توغّله فى الكشف من اختيار النّقل فى إجازه المرتهن و بالجمله بناء على صحّه الكشف الحقيقىّ لا فرق بين الأبواب إنّما الكلام فى الكشف الحكمى و مقتضى ما وجهناه به من أنّه على القاعده و أنّه متوسّط بين النّقل و الكشف الحقيقىّ لا بدّ من الاطّراد فى جميع الأبواب و أمّا بناء على أنّه ثبت بالتعبّد فلو علم اطّراد المناط فى الأبواب قطعا فهو و إلّا يجب البناء على النّقل

الجهه الثالثه فى صحّه بيع الرّاهن بفكّ الرهانه

أو إسقاط المرتهن حقّه أو إبرائه الراهن من الدّين و عدمها و منشأ الإشكال توهّم دخول بيع الرّاهن فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه و حيث إنّ الأقوى هو البطلان سواء أجاز البائع أم لا فينبغى الحكم بالبطلان فى المقام و حاصل الإشكال هو الفرق بين إجازه المرتهن و سائر ما يوجب سقوط حقّه فإنّ مفاد إجازته حيث إنّه إنفاذ بيع الراهن و إمضاؤه فيوجب صحّته و يكون أثرها سقوط حقّه لأنّه أنفذه و أمضاه فى زمان ثبوته و سقوط حقّه مترتّبا على إنفاذه يرفع المنع عن صحّه بيع الرّاهن و أمّا السّقوط بغير جهه الإجازه فحيث إنّه لا تعرّض فيه للعقد فالعقد باق على حاله فلا إجازته بعد ذلك مؤثّره لخروج المبيع عن كونه متعلّقا لحقّه و لا إجازه الرّاهن لأنّه باع فى زمان لم يملك البيع و نفس الإجازه ليست عقدا مستأنفا و لا معنى لتنفيذ ما صدر عن نفسه

و بالجمله المسأله بعينها داخله فى باب من باع شيئا ثم ملك لأنّه لا فرق بين أن لا يملك الفضولى المبيع ثم ملكه أو لا يملك البيع ثم ملكه و لكنّه لا يخفى عليك فساد هذا التوهّم لأنّه لم يكن تمام الملاك فى صحّه بيع الرّاهن بإجازه المرتهن كون الإجازه مفادها الإمضاء و الإنفاذ حتّى لا يجرى هذا الملاك فى السّقوط بنحو آخر بل مناطها كون الإجازه رفعا للمانع

و بعباره أخرى فرق بين العقد الّذى صدر ممّن لا يملك المبيع أو ممّن لا يملك البيع فإنّ الأوّل عقده موقوف لقصور فى المقتضى و يشبهه العبد إذا تزوّج بغير إذن السيّد و الثّانى عقده موقوف لوجود المانع فإذا كان لقصور فى المقتضى فلو ملك المبيع لا يمكن أن يصحّ البيع بالملكيّه الحاصله بعد العقد فإنّه حين وقوعه كان موقوفا على إجازه مالكه و من كان مالكا لم يجزه حين البيع و لا مجال لتأثير إجازته بعد ذلك لصيرورته بالنّسبه إلى المبيع أجنبيا و من صار مالكا لا يفيد إجازته لعدم كونه مالكا حين البيع فضلا عمّا إذا لم يجز

و أمّا إذا كان لوجود المانع فعقده لا قصور فيه إلّا كون المبيع غير طلق و متعلّقا لحقّ الغير فإذا تمّ طلقيّته و زال حقّ الغير فلا مانع من صحّته ثم إنّ نزاع الكشف و النّقل يجرى فيه أيضا لما عرفت من أنّ المدار ليس على مدلول لفظ أجزت حتى يقال السّقوط بنحو آخر غير متعرّض للعقد بل على تماميّه العقد و كشف السّقوط عن كونه سببا تامّا فيؤثر من أوّل الأمر نعم القول بالكشف فاسد من أصله لامتناع الشّرط المتأخر و لكنّه على فرض صحّته فبرهان الصّحه يجرى فى جميع الأبواب

[مسأله إذا جنى العبد عمدا]

قوله قدّس سرّه مسأله إذا جنى

العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كلّه أو بعضه فالأقوى صحّه بيعه إلى آخره

لا يخفى أنّ مقتضى ما ذكره الفقهاء فى مقام تمييز الحقوق من جعل حق الجنايه مقابلا لحقّ الرهانه هو صحّه بيع العبد الجانى و إن جنى عمدا فضلا عمّا إذا جنى خطأ أو شبه العمد و ذلک لأن مقصودهم من قولهم إنّ حق الفقراء مثلا على المال الزكوىّ هل هو من قبيل حقّ الرّهانه أو حقّ الجنايه أنّ الجنايه و إن كانت من الحقوق المتعلّقه بالعبد الجانى إلّا أنّها ليست من قبيل الرهانه التى يعتبر فيها أن يكون المال المرهون مخرجا للدّين من ملک الرّاهن فإذا صحّ بيعه فلا بدّ من أن يبطل الرّهن و حيث إنّه لا وجه لبطلانه مع كونه أسبق من البيع فلا محاله يبطل البيع

و أمّا حق الجنايه فلا يشترط فى استيفائه بقاء الجانى فى ملک من كان مالكا له حين الجنايه فلا مانع من بيعه و مجرّد تعلّق حقّ المجنى عليه أو ورثته به لا يوجب عدم نفوذ بيع مولاه لعدم كون البيع مانعا من استيفاء الحق بل يتبعه المجنى عليه أو ورثته أينما انتقل

و بالجمله نفوذ بيع الرّاهن يتوقف على سقوط حق المرتهن إمّا بإجازته للبيع أو إسقاطه حق الرّهانه أو إبرائه الدّين و أمّا نفوذ بيع مولى الجانى فلا يتوقف على إمضاء المجنى عليه أو أوليائه لا فى الجنايه العمديّه و لا الخطائيّه

نعم لو قيل بخروج العبد عن ملک المولى بمجرّد جنايته عمدا و انتقاله إلى المجنى عليه أو ورثته يدخل بيع المولى فى عقد الفضولى و لكنّ الظّاهر ضعف هذا القول و إن حكى عن الشّيخ أنّه استدلّ بإجماع الفرقه على أنّه إذا جنى عمدا ينتقل إلى ملک المجنى عليه و استظهر ذلک أيضا من عباره الإسكافى المحكيّه عنه فى الرّهن و استدلّ له أيضا بما رواه فى الوسائل عن الشّيخ بإسناده عن علىّ بن عقبه عن أبى عبد اللّه ع قال سألته عن عبد قتل أربعه أحرار واحدا بعد واحد قال فقال هو لأهل الأخير من القتلى إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه لأنّه إذا قتل الأوّل استحقّ أولياءه فإذا قتل الثّانى استحقّ من أولياء الأوّل فصار لأولياء الثّانى فإذا قتل الثّالث استحقّ من أولياء الثّانى فصار لأولياء الثّالث فإذا قتل الرّابع استحقّ من أولياء الثّالث فصار لأولياء الرابع إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه

وجه الضّعف أنّ الإجماع المبنىّ على قاعده اللّطف ليس بحجّه و لم ينعقد إجماع فى المسأله على مصطلح المتأخّرين كما يطّلع عليه الفقيه بالمراجعه إلى مصنّفات الأصحاب و عليک بمراجعه المقابس فإن مصنّفه قدّس سرّه قد بذل جهده فى نقل أقوال القوم جزاه اللّه و إيّاهم عن الإسلام خير الجزاء و أمّا الرّوايه فهى و إن كانت دالّه عليه صدرا و ذيلا إلّا أنّه يعارضها روايات أخرى

ففى صحيحه زراره عن أبى جعفر ع فى عبد جرح رجلين قال هو بينهما إن كانت جنايته تحيط بقيمته قيل له فإن جرح جرح رجلا فى أوّل النهار و جرح آخر فى آخر النهار قال هو بينهما ما لم يحكم الوالى فى المجروح الأوّل فدفعه إليه بجنايته فجنى بعد ذلک الحديث فإنّ ذيلها ظاهر فى أنّ المجنى عليه لا يملكه بالجنايه و إلّا لكان من الثّانى و إن دفعه الحاكم إلى الأوّل

و عن الكافى بإسناده عن أبى بصير قال سألت أبا جعفر ع عن مدبّر قتل رجلا عمدا فقال يقتل به قال قلت فإن قتل خطأ قال فقال

يـدفع إلى أوليـاء المقتول فيكون لهم رقّا فإن شاءوا باعوا و إن شاءوا استرقّوا و ليس لهم أن يقتلوه فإنّ الـدّفع ظاهر فى أنّ القتل بنفسه ليس من أسباب الملك فتأمل بل ظاهر ذيل روايه عقبه أيضا ذلک فإنّ الاسترقاق فى مقابل القتل يقتضى

عدم انتقال العبد إلى ملك ورثه المجنى عليه بمجرّد القتل

و كيف كان بناء على عدم خروج العبد عن ملك المولى لا مانع من تصرّف المولى فيه من غير فرق بين العتق و غيره و من غير فرق فى الجنايه بين العمديّه و الخطائيه و من غير فرق فى الخطاء بين كون المولى موسرا أو معسرا لا لأنّه فى حكم الأرمد و المريض فإنّ الفرق بينهما و بين الجانى فى غايه الظّهور فإنّ الجانى قد تعلّق به حقّ الغير دونهما بل لأنّه ليس كلّ حقّ مانعا عن نفوذ التصرّف و إنّما المانع هو التصرّف الموجب لزوال الحقّ كتصرّف الرّاهن فإنّ نفوذه مع بقاء الرّهانه لا يجتمعان و على هذا فلمالك الجانى أن يتصرّف فى العبد من دون مراجعه ذى الحقّ و لا يحرم عليه التصرّف تكليفا أيضا و هذا بخلاف مالك المرهون فإنّه يحرم عليه التصرّف تكليفا كعدم نفوذه منه وضعا

ثم إنّه لا يتوقّف صحّه بيعه فى الجانى خطأ على إفدائه أوّلا أو الالتزام بالفداء ثم البيع بل يصحّ بيعه من دون ذلك و لا وجه لما أفاده العلّامه من أنّ البيع بنفسه هو التزام بالفداء فإنّ البيع بناء على ما تقدم ليس إتلافا للعبد حتى يكون بيعه التزاما بالفداء لأن المجنى عليه أو وليّه يتبع العبد أينما انتقل غايه الأمر لو كان المشترى جاهلا بذلك فله الخيار نعم صحّه عتقه تتوقف على ذلك لأنّ العتق لا يجتمع مع تعلّق حق الغير به إلّا أن يكون الحقّ قصاصا فإنّه يجتمع مع الحريّه و لذا قال فى الشّرائع إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صحّ و لم يسقط القود نعم لو كان لورثه المجنى عليه القصاص أو الاسترقاق فالعتق ينافى حقّهم و لذا قال المحقق بعد الكلام المتقدّم و لو قيل لا يصحّ لئلّا يبطل حقّ الوليّ من الاسترقاق كان حسنا و عليك بمراجعه كتب القوم فإن كلماتهم مضطربه

[مسأله الثّالث من شروط العوضين القدره على التّسليم]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله الثّالث من شروط العوضين القدره على التّسليم إلى آخره

قد يتخيّل أنّ عدّ هذا الشّرط من شروط المتعاقدين أنسب من جعله من شروط العوضين لأنّ مرجعه إلى مانعيّه عجز البائع عن صحّه العقد و لكن الأولى هو ما صنعه المصنف قدّس سرّه تبعا للأساطين لأنّ مناط ماليّه المال هو كونه بحيث يتسلّط مالكه على قلبه و انقلابه بأىّ نحو من أنحاء التصرّف و مع عدم تمكّنه من التصرّف فيه بنحو من الأنحاء كالسّمك فى البحر و الطّير فى الهواء لا يعدّ من الجده الاعتباريّه فإنّ المال و إن لم يكن من الجده الاصطلاحيه إلّا أنّه مثلها فى مقام الاعتبار العقلائى فلو لم يكن قابلا لتصرّف مالكه إلّا بنحو العتق الّذى لا يعدّ أثرا لماليّته لا يكون مالا اعتبارا بحيث يكون منشأ للآثار عند العقلاء

و بالجمله ماليّه الأموال فى عالم الاعتبار إنّما هى باعتبار كونها منشأ للآثار و إذا لم يكن كذلك فلا يعدّه العقلاء مالا و إن ترتّب عليه بعض الآثار الجزئيّه فهذا الشّرط فى الحقيقه من شروط العوضين

و كيف كان فينبغى التّنبيه على الفرق بين تعذّر التّسليم الّذى هو مانع عن صحّه البيع و تعذّره الموجب للخيار فنقول لو لم يمكن التّسليم من المنتقل عنه و لا التّسلم من المنتقل إليه فهو مورد عدم صحّه البيع فيرجع شرطيه القدره على التّسليم إلى اعتبارها فى الجامع بينهما و أمّا لو كان المنتقل عنه عاجزا دون المنتقل إليه أو كان المنتقل عنه قادرا ابتداء ثمّ طرأ العجز فهو مورد الخيار

و السرّ فى ذلك هو أنّه لو لم يمكن التّسليم و التسلّم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا و أمّا إذا كان المنتقل عنه متمكّنا من التّسليم فى وقت لزومه و ماطل حتّى طرأ العجز أو كان من أوّل الأمر عاجزا و لكن كان المنتقل إليه متمكّنا من التسلّم فمناط ماليّه المال موجود فيه

و يتدارک نقصه بالخيار للمنتقل إليه إذا كان جاهلا بعجز المنتقل عنه لأن منشأ الخيار فی غير خيار الحيوان و المجلس هو تخلّف الشرط الصّريح أو الضّمنی الّذی يتضمّنه كلّ عقد معاوضیّ التزاما و هذه الدّلاله الالتزاميّه فرع تماميّه العقد من حيث الأركان و أمّا إذا كان العقد متعلّقا بما كان فاقدا لمناط ماليّه المال و لا يمكن التبديل و التبدّل من حيث المدلول المطابقی فهو موجب للفساد فالدّليل علی اعتبار هذا الشّرط فی صحّه العقد هو عدم عدّ العرف و العقلاء ما لا يمكن تسليمه و لا تسلّمه مالا و لا يرتّبون عليه أثرا و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشّرط ببيع السّمک فی الماء و الطّير فی الهواء مع عدم اعتياد رجوعهما إلی الحاله الّتی يمكن إقباضهما و قبضهما

و لا يقال لو كان فی هذا النّحو من المال قصور فی جهه الماليّه لزم جريان قاعده التّلف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الأموال ثم قبل التّسليم صار كذلک

لأنّا نقول و إن كان هذا المال فی عالم الاعتبار قاصرا عمّا عليه سائر الأموال إلّا أنّه ليس كالعدم بحيث يعدّ تالفا و قاعده كون التّلف قبل القبض من مال بائعه تختصّ بما إذا تلف حقيقه و لا تشمل ما إذا نقصت ماليّته و لذا لو باع الجمد فی الصّيف أو الماء فی المفازه و لم يسلّمه إلّا فی مكان نقصت قيمته و ضعفت اعتباريّته العقلائيّه لا يلتزمون بانفساخ المعامله لقاعده التّلف قبل القبض

و كيف كان فهذا المناط أيضا يقتضی فساد الإجاره لو لم يمكن لمالک الدّار تسليمها إلی المستأجر و لا للمستأجر تسلّمها و يقتضی الصّحه مع الخيار لو طرأ العجز للمالک أو كان المستأجر قادرا علی الاستيفاء نعم استدلّ العلّامه أيضا علی ذلک بالنبویّ المشهور بين الفريقين و هو نهی النّبی ص عن بيع الغرر و الظّاهر أنّه من أقضيته صلّی اللّه عليه و آله الّتی جمعها أحمد بن حنبل فی مسنده و رواها عنه ص عباده بن الصّامت الّذی هو من خيار الصّحابه و لكن أصحابنا رضوان اللّه عليهم فرقوها فی الأبواب و حيث إنّ الرّوايه مشهوره و هی مستند الأصحاب فی الفتوی فلا يضرّ إرسالها و أمّا دلالتها فأهل اللّغه و إن اختلفوا فی تفسير الغرر فبعضهم جعله من الغرّه بمعنی الغفله و بعضهم من التغرير بمعنی الخدعه و الإغفال و بعضهم فسّره بالخطر إلّا أنّ مرجع الكلّ واحد غايه الأمر بعضهم أخذ بالمبادی و بعضهم أخذ بالغايات و ترک المبادی و لذا فسّره بالخطر الّذی هو نتيجه الغفله و الإغفال

ثم إنّ كلّا من الغرّه و الغرور و الغرر يستلزم الجهل بواقع الأمر لأنّه لو كان الشخص عالما به فإقدامه يوجب سلب هذه العناوين عنه نعم قد يكون هذه المعامله سفهيّا و هذا أمر آخر غير عنوان الغرر فالغرر سواء كان بلحاظ سببه و هو الغفله أو الخدعه أو بلحاظ المسبّب و هو الخطر يقتضی الجهل بما يغتر به و ما يقع فی ضرره سواء كان جهلا بالوجود أو الحصول أو بصفات المبيع

ثم إنّ تقريب الاستدلال بالنبویّ علی فساد المعامله إذا كان المبيع مجهول الحصول كما هو مفروض البحث موقوف علی ذكر محتملات النبویّ الشّريف فنقول نهيه صلّی اللّه عليه و آله عن الغرر يحتمل أن يكون حفظا للنظام و سياسه للعباد لئلّا يقعوا فی المشاجره و التنازع و يحتمل أن يكون إرشادا لدخل القدره علی التّسليم و لبيان شرطيّتها أو مانعيّه العجز نظير النّواهی الغيريه الوارده فی أجزاء المركب العبادی و يحتمل أن يكون نهيا عن المسبّب كالنّهی عن بيع العبد المسلم من الكافر أو عن بيع

المصحف منه و دلالته على الفساد

يتوقف على كونه على أحد الوجهين الأخيرين و الأقوى ذلك لأنّ استدلال العامّه و الخاصّه به يكشف عن كونه مسوقا لذلك و الدلاله السّياقيّه و إن كانت موقوفه على كونها قطعيّه و فهم العلماء لا يوجب الظّهور فى اللّفظ و لذا لا نقول بأنّ العمل يجبر ضعف الدلاله إلّا أنّه فى المقام خصوصيّه يمكن استفاده هذه الدلاله منه و هى أنّه لو لم يكن الكلام الصادر عنه ص فى مقام بيان الفساد بل كان للنّصح و الإرشاد إلى ما لا يوقع فى النزاع و التّشاجر لم يتمسّكوا به فى باب اعتبار القدره على التّسليم فمن ذلك يستكشف أنّ مع نهيه ص قرينه على كونه مسوقا للنّهى عن المسبّب أو شرطيّه القدره دون المعنى الأوّل فتأمل

و ممّا استدلوا به على شرطيّه القدره أيضا قوله صلّى اللّه عليه و آله لحكيم بن حزام الدلال لا تبع ما ليس عندك بتقريب أنّه ليس مرجع النّهى إلى اعتبار حضور العين خارجا و إلّا لما جاز بيع الكلّى و الغائب و لا إلى اعتبار الملكيّه و إلّا كان المناسب أن يقال لا تبع ما ليس لك فلا بدّ أن يكون كنايه عن المنع عن بيع ما لا يقدر عليه و ليس تحت استيلائه سواء كان منشأ عدم الاستيلاء كونه ملكا للغير أو كونه غير قادر على تسليمه فيشمل ما هو مورده و هو بيع العين الشّخصيّه المملوكه للغير ثم شراؤها من مالكها و تسليمها بعد الشراء إلى المشترى كما هو ديدن الدلّالين و بيع العين الّتى لا يقدر على تسليمها فإنّ المورد لا يوجب التّخصيص

و لكنّك خبير بما فى هذا التقريب لأنّ عدم كون المورد مخصّصا معناه أنّ شخص حكيم بن حزام الّذى توجّه هذا النّهى إليه لا خصوصيّه فيه بل النّهى يشمل كلّ من هو يبيع مال غيره ثم يشتريه من مالكه ليسلّمه إلى المشترى و أمّا التعدّى عنه إلى المقام فهو فرع عموم للكلام و هو ممنوع

ثم لا يخفى ما فى كلام المصنف فى هذا المقام لأنّه على فرض شمول قوله ص للمقام بأن يكون ما ليس عندك كنايه عن اعتبار أمرين فى البيع أحدهما الملكيّه و ثانيهما القدره على التّسليم فإخراج الفضولىّ عنه بأدلّته لا وجه له لأن من انتقل عنه الملك واجد للأمرين و عدم مالكيّه مجرى العقد و عدم كون المال تحت يده لا يضرّ بتحقّق المعامله لأنّه أجنبىّ عن المبيع و لا يتوجّه إليه قوله ص لا تبع

و بالجمله اعتبار الملكيّه و كون المال تحت اليد إنّما هو فى ناحيه المسبّب لا فى السّبب ثمّ لا وجه لاستدراكه بقوله نعم يمكن أن يقال إنّ غايه ما يدلّ عليه هذا النّبوى بل النّبوى الأوّل أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علّه تامّه لترتّب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر و تحقّق كونه عنده لأنّ كون البيع مراعى الّذى هو عباره عن كونه مشروطا بالشّرط المتأخّر على النّحو الصّحيح و هو كونه مشروطا بوصف التعقّب يتوقف على دليل عقلىّ أو نقلىّ يساعد عليه العرف و العاده كاشتراط صحّه كل جزء من أجزاء المركّب التّدريجى بالآخر

و أمّا فى المقام فلم يقم دليل على كون البيع مراعى بانتفاء صفه الغرر فإذا كان العجز عن التّسليم موجبا للغرر أو مشمولا لخطاب لا تبع ما ليس عندك فلا بدّ من الالتزام بلغويّه العقد رأسا ثم لا وجه لقوله قدّس سرّه و لو أبيت إلّا عن ظهور النبويّين فى الفساد بمعنى لغويّه العقد رأسا المنافيه لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظّاهر و بين إخراج بيع الراهن إلى آخر كلامه

أمّا أوّلا فلأنّ مسألتى الرّهن و العبـد الجانى لا تندرجان فى جامع واحد كما ذكرنا ذلك فى بيع العبد الجانى و أمّا ثانيا فما للبائع من الحق فى المبيع فى هذه الموارد قادر على تسليمه و توضيح ذلك أنه لو كان المال مشتركا بين شخصين فعدم

قدره كلّ منهما على تسليم جميع المال لا يضرّ بالبيع بلا إشكال لأنّ المناط هو القدره على مقدار المبيع لا القدره على غيره فلو قيل فى باب الرّهن بأنّ للمرتهن حصّه من الإضافه المالكيّه و للراهن أيضا حصّه فبالمقدار الّذى للراهن يقدر على تسليمه و توقّف تسليم المبيع إلى المشترى على إجازه المرتهن أو فكّ الرهانه و نحوه لا يوجب عجز الرّاهن عن تسليم مقدار حقّه

و لو قيل إنّ ملكيّه المرتهن ملكيّه طوليّه لا اشتراكيّه بمعنى أنّ ما يملكه الرّاهن هو تحت استيلاء المرتهن فعدم قدره الرّاهن على تسليم المبيع ليس إلّا لعدم استيلائه على أصل البيع لأنّه لا بدّ من بقاء الملك فى ملكه حتّى يستوفى المرتهن حقّه ففساد بيع الرّاهن ليس من جهه عدم القدره بل لوجود المانع

و بعباره أخرى و إن كان العجز الشّرعى كالعجز الخارجى إلّا أنّ محطّ نظر الأساطين فى هذا الشّرط هو عدم القدره خارجا و لذا يمثّلون لما لا يقدر على تسليمه ببيع السّمك فى الماء و الطّير فى الهواء و أمّا عدم القدره شرعا على تسليمه لتعلّق حق الغير به أو لوجه آخر من وجوه فقدان شرائط المعاوضه فهو خارج عن موضوع البحث

ثم على فرض شمول قوله ع لا تبع ما ليس عندك لمن لا يقدر على تسليم المبيع إلّا أنّه لا يوجب إخراج بيع الفضولى بجميع أقسامه عن عمومه أمّا بيع من لا يملك المبيع فلأنّ اعتبار القدره على التّسليم إنّما هو فى ناحيه المسبّب و حيث إنّه بإجازه المالك يقع عنه فعدم قدره موجد السّبب لا يضر بالمعامله أصلا سواء قصد البيع لنفسه كالغاصب أو قصده عن المالك و سواء قلنا بالكشف الحقيقىّ أو الحكمىّ أو قلنا بالنّقل

و أمّا بيع الراهن و من بحكمه كالمحجور لسفه أو رق أو فلس فبناء على كون الفضولى بجميع أقسامه على طبق القاعده حتّى بيع الراهن و نكاح بنت الأخ و الأخت على العمّه و الخاله و نحوهما فالأمر واضح لأنّ قوله ص لا تبع ما ليس عندك و نهيه ص عن بيع الغرر لا يشمله

و أمّا بناء على التعبّد فيمكن دعوى عدم شمول بعض أدلّه بيع الفضولى لبيع الراهن بدون الإذن السّابق من المرتهن إلّا أنّه لا إشكال فى أنّ أدلّه صحّه نكاح العبد بدون إذن المولى إذا تعقّبه الإجازه يشمله إذا أجازه المرتهن و عليك بمراجعه ما علقناه على مسأله بيع الرّاهن قبل ذلك

و كيف كان فعدم القدره على التّسليم قبل إجازه المرتهن لا يضرّ بعقد الرّاهن و نحوه لأنّه لم يتمّ سبب النّقل قبلها و إنّما يتمّ بها و يؤثر العقد بتحقّقها و مجرّد أنّ العاقد و المجيز فى عقد الفضولى شخصان و فى عقد الراهن و نحوه للعقد حالتان لا يوجب فرقا فى القدره على التّسليم

و ممّا استدلّوا به على شرطيّه القدره أنّ لازم العقد وجوب تسليم كلّ من المتبايعين العوضين إلى صاحبه فيجب أن يكون مقدورا لاستحاله التّكليف بالممتنع و لا يخفى أنّه إن كان نظر المستدلّ إلى ما ذكرناه من اعتبار القدره فى حقيقه المعاوضه من باب أنّ ما لا يمكن فيه التّسليم و التسلّم قاصر من حيث الماليّه فهو و أمّا لو كان المراد منه الوجوب الشّرعى فلو أريد منه الوجوب التّكليفى فلا معنى لتضعيفه بالترديد بين الوجوب المطلق و مطلق وجوبه و لا للاعتراض عليه بأصاله عدم تقييد الوجوب

و لا لدفع الاعتراض بأصاله عدم تقييد البيع بهذا الشّرط لأنّ الوجوب التّكليفى لا يعقل أن يتعلّق بالأعمّ من المقدور و الممتنع

و غرض المستدلّ من قوله فيجب أن يكون مقدورا هو انحصار صحّه البيع بما إذا كان المبيع تحت استيلائه فلا بدّ أن يقال فى جوابه بأنّه لم يقم دليل غير نهى النّبى عن بيع الغرر و قوله ص لا تبع ما ليس عندك على انحصار صحّه البيع بما إذا

كان المبيع تحت استيلائه

و بعباره أخرى يمكن منع الملازمه بين صحّه العقد و وجوب التّسليم لا الوجوب المطلق و لا مطلق الوجوب لأنّ العقد لا يقتضى إلّا تحقّق مضمونه و أمّا وجوب التّسليم فهو إمّا من جهه الدلاله الالتزاميّه أو من أحكام حرمه التصرّف فى مال الغير

و بالجمله نفس العقد لا يقتضى وجوب التّسليم سواء تمكّن منه أم لم يتمكّن و أمّا لو قلنا باقتضائه له فإنّما هو عند التمكن لاستحاله تعلّق التّكليف بالممتنع فلا يمكن أن يقال الأصل عدم تقييد الوجوب بالتمكّن

هذا مع أنّه لا أصل لهذا الأصل كما أنّه لا يمكن دفع هذا الأصل بمعارضته بأصاله عدم تقييد البيع بهذا الشّرط لأنّ هذا الأصل أيضا لا أصل له إلّا أن يرجع إلى الإطلاق و مرجعه إلى إنكار اقتضاء العقد وجوب التّسليم هذا إذا كان المراد من الوجوب هو التكليفىّ

و أمّا لو كان المراد منه الوضعىّ الّذى مرجعه إلى بيان شرطيه القدره فى صحّه العقد فيمكن تضعيفه بالترديد بين الشّرطيّه المطلقه الّتى مقتضاها انتفاء المشروط بانتفاء شرطه و الشرطيّه المقيّده بالتمكّن الّتى مقتضاها عدم اشتراط العقد بلزوم التّسليم حين العجز عنه

و ممّا استدلّوا به على اعتبارها أيضا هو أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منهما بما ينتقل إليه و لا يتمّ ذلك إلّا بالتّسليم و لا يخفى أنّه لو رجع هذا إلى أنّ ما لا يمكن تسليمه ناقص من حيث الماليّه فيرجع إلى ما ذكرناه و أمّا لو كان المقصود منه أنّ الدّاعى على البيع ذلك ففيه أنّ تخلف الدّاعى لا أثر له مع أنّ الدّاعى قد لا يكون ذلك كما أنّه لا يصحّ الاستدلال لاعتبارها بأنّ بيع ما لا يمكن تسليمه سفهىّ لأنّه غير مطّرد

قوله قدّس سرّه قال و يظهر الثّمره فى موضع الشكّ إلى آخره

لا يخفى عليك أنّ ما دار على الألسن من أنّه لو تردّد الأمر بين شرطيّه أحد الضدّين و مانعيّه الآخر فبناء على الشّرطيّه يجب إحراز الشّرط عند الشكّ و بناء على المانعيّه تكفى أصاله عدم وجود المانع لا يرجع إلى محصّل و على فرض صحّه هذا الكلام فهو إنّما يصحّ فيما إذا دار الأمر بينهما فى الوجوديين لا فى مثل شرطيّه القدره و مانعيّه العجز الّذى يكون التّقابل بينهما تقابل العدم و الملكه و نحن و إن أشبعنا الكلام فى ذلك فى الأصول و فى مسأله اللّباس المشكوك فيه إلّا أنّه لا بأس بالإشاره إليه إجمالا

فنقول لو دار الأمر بين شرطيه الشى ء و مانعيّه ضدّه كشرطيّه المأكوليّه و مانعيّه غير المأكول فى لباس المصلّى فيظهر الثمره بينهما فى جريان البراءه لا أصاله عدم المانع سواء أريد منها الاستصحاب أو أصلا برأسه كما صرّح به جمله من الأساطين و ذلك لأنّه بناء على الشّرطيّه لو شكّ فى اللّباس أنّه مأخوذ من المأكول أو غيره لشبهه حكميه أو موضوعيّه لا تصحّ الصّلاه فيه لأنّ اشتراط المأكوليّه معلوم فلا يمكن جريان البراءه فى أصل الشّرطيّه نعم لو صحّت الصّلاه فيه فإنّما توجب توسعه فى ناحيه

الامتثال و أصل البراءه لا تجرى فى مرحله الامتثال

و أمّا بناء على المانعيّه فحيث إن منشأ انتزاع المانعيّه و هو النّهى عن لبس غير المأكول فى الصّلاه ينحلّ بعدد كلّ موضوع إلى خطاب مستقلّ فيتعدّد المنتزع عنه بتعدّد الموضوع فيرجع الشكّ فى المانع إلى الشكّ فى زياده قيد فى متعلّق التكليف و المرجع هو البراءه

و أمّا أصاله العدم فلو كان مفادها غير الاستصحاب فلا دليل على اعتبارها إلّا فى باب الأصول اللّفظيه فإن بناء العقلاء فى مورد الشكّ فى التّخصيص و التّقييد و قرينه المجاز و النّقل على العدم و أمّا فى غير هذا الباب فليس بناؤهم عند الشك فيه على العدم فأصاله عدم وجود

المانع عند الشکّ فیه مع قطع النّظر عن الاستصحاب ممّا لا أساس له و إن رجعت إلی الاستصحاب یدور الأمر مدار وجود الحاله السابقه و کون الأثر الشّرعی مترتّبا علی النّحو الّذی له حاله سابقه

و ما یتوهّم من أنّ العدم أولی من الوجود بالنّسبه إلی الممکن حیث یقال إنّه من طرف علّته أیس و من طرف نفسه و ذاته لیس ففیه أنّه علی فرض صحّته و عدم الالتزام بما هو المسلّم عند المحقّقین من الحکماء من تساوی الوجود و العدم بالنسبه إلیه فهو إنّما یصحّ بالنّسبه إلی العدم المحمولیّ المسبوق به کلّ ماهیّه ممکنه و یغنی عنه الاستصحاب لأنّ للعدم المحمولی حاله سابقه فسواء کان أصل العدم حجّه مستقلّه أم لا- یجری فی مورده الاستصحاب فلا أثر له إلّا فی موارد شاذه کتعاقب الحالتین اللّتین یتعارض فیه الاستصحابان

و أمّا العدم النعتی فلا- معنی لأن یکون العدم بالنّسبه إلیه أولی من الوجود لأن اتّصاف الممکن بالعدم النّعتی یتوقف علی استمرار العدم المحمولی إلی زمان وجود المنعوت فإذا استمرّ عدم القیام مثلا إلی زمان وجود زید یتّصف زید بأنه لا قائم و أمّا قبل وجود زید فلیس عدم القیام نعتا له فإنّ النّعتیه مساوقه لوجود المنعوت و أمّا حال عدمه فلیس هناک إلّا العدم المحمولی

و بالجمله الاتّصاف و النعتیّه من الأمور الوجودیه المتوقّفه علی تحقّق موصوف یتّصف بالنّعت العدمیّ و عدم الغرض بنفسه لیس مساوقا لکونه نعتا و لا- یمکن قیاسه علی وجوده لأن وجوده مساوق لنعتیّته من باب أن وجوده لنفسه عین وجوده لعروضه و أمّا عدمه فلو استمر إلی زمان وجود ما یکون قابلا لأن یستمرّ هذا العدم فیه و أن یطرأ علیه نقیضه فاتّصافه بالنّعتیه لا إشکال فیه و أمّا حین عدم وجود المعروض فلا- معنی لأن یکون العدم نعتا للعدم مع أن الأعدام لا- میز لها فأصاله العدم النّعتی غیر الاستصحاب لا أساس لها و أمّا الاستصحاب فجریانه أیضا یتوقف علی وجود معروض یستمرّ العدم المحمولی إلی زمان وجوده فلو شکّ فی أنّ البائع قادر أو عاجز یستصحب عجزه السّابق مثلا و أمّا العدم المحمولی الّذی یشکّ فی استمراره فی أوّل وجود المعروض کالقرشیه و مخالفه الشّرط للکتاب و نحو ذلک فالاستصحاب أیضا غیر جار إلّا بمفاد لیس التامّه و هو لا أثر له و إجراؤه لإحراز النعتیّه مثبت

و علی أیّ حال ففی باب تقابل العدم و الملکه الّذی هو أحد فردی تقابل الوجود و العدم غایه الأمر هو عدم ما من شأنه أن یتّصف بالوجود لا یجری هذا النزاع بل لا بدّ من الالتزام بشرطیّه القدره إذ العجز أمر عدمیّ غیر قابل لأن یکون مانعا إذ المانع هو الأمر الوجودی الّذی یمنع عن تأثیر المقتضی ثم لو سلّم إطلاق المانع علیه فلا ثمره لهذا النّزاع سواء جعل القدره شرطا أم العجز مانعا لأن منشأ الشکّ فی القدره أو العجز تاره هو الشبهه الحکمیّه أو المفهومیّه کالشکّ فی أنّ الخارج عن عمومات الصّحه هو العجز المستمر أو العجز فی الجمله أو الشکّ فی أنّ العجز یعمّ التعسّر أو یختصّ بالتعذّر

و أخری هو الشّبهه الخارجیّه فإذا کان من جهه الشکّ فی الحکم فلا شبهه فی أن أصاله العموم متبعه و إذا کان من جهه الشکّ فی المفهوم کالمثال الثّانی فحیث إنّ المخصّص المنفصل لا یسری إجماله إلی العام یتمسّک بالعام فلا ثمره للنّزاع بین شرطیّه القدره و مانعیّه العجز و لو کان من جهه الشبهه الخارجیه فإذا کانت الحاله السابقه من العجز أو القدره معلومه فالمرجع هو الاستصحاب و لو لم تکن معلومه یجب الفحص أو الاحتیاط کما هو الشّأن فی جمیع موارد الشکّ فی القدره فلا ثمره للنّزاع

أيضا

و لا يمكن أن يقال الأصل عدم العجز لأنّ العجز حيث إنّه عدميّ فمرجع الأصل إلى أنّ الأصل

عدم القدره و لهذا لا أساس له بلا إشكال

قوله قدّس سرّه ثم إنّ العبره فى الشرط المذكور إنّما هو فى زمان استحقاق التّسليم إلى آخره

لا يخفى وضوح ما أفاده قدّس سرّه سواء قلنا بأنّ التّسليم من الشّروط الضّمنيه أو من باب التعبّد إمّا للإجماع و إمّا لاستفادته من النبويّين و ذلک لأنّ مناط هذا الشرط هو وصول العين إلى من انتقل إليه حين استحقاقه له فالقدره حين العقد لا أثر لها إذا لم تكن المعامله نقديّه و علم بعدمها حال استحقاق التّسليم كما لا يقدح عدمها حال العقد إذا كانت حاصله حين لزوم التّسليم كما فى السّلم و على هذا فلا تعتبر أصلا فيما إذا كانت العين فى يد المشترى و فيما لم يعتبر التّسليم فيه رأسا كما لو باع من ينعتق على المشترى لأنّه بعد فرض صحّه هذا البيع إجماعا و بعد عدم إمكان الاستيلاء على العمودين فلازم ذلک عدم اعتبار هذا الشّرط فى هذه المعامله فلا يقال إن انعتاق المبيع من أحكام البيع و لا تترتّب عليه أحكامه إلّا إذا كان واجدا لشرائط الصّحه و منها القدره على التّسليم فكيف يسقط ما يعتبر فى صحّته بما يترتّب عليه من الأحكام

و هكذا لا يعتبر القدره حال العقد فيما إذا لم يستحقّ التّسليم بمجرد العقد إمّا لاشتراط تأخيره مدّه و إمّا لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولا و إشكال المصنف قدّس سرّه فى الفضولى على الكشف غير وارد لأنّه سواء قيل بالكشف أو النّقل فما لم تتحقّق الإجازه لا يستحقّ المطالبه و إن كان مالكا حال العقد بناء على الكشف إذ لا ملازمه بين الملكيّه و استحقاق التّسليم

و بعباره أخرى العاقد الفضولى لا يجب عليه التّسليم رأسا و من يجب عليه هو المالک و هو ملزم به بعد إجازته الموجبه لاستناد البيع حين صدوره إليه فما لم يجز لا يكون مخاطبا ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا ملزما بتسليم ما باعه الفضولى حتى بناء على الكشف و اللّزوم من طرف الأصيل لا يختصّ بباب الكشف بل قد تقدّم منّا أنه ملزم بالعقد حتّى بناء على النّقل فإذا استلزم الغرر بالنّسبه إليه فلا فرق بين الكشف و النّقل و لا بين الفضولى من طرف واحد أو من الطّرفين لأنّه لو سبق إجازه أحدهما على الآخر مدّه فبين الإجازتين يقع المجيز الأوّل فى الخطر و لكن قد عرفت أنّه ما لم تتحقّق الإجازه لا يستحقّ التّسليم

و بهذا المناط نقول بعدم لزوم التّسليم فى الخيارات الزّمانيّه كالمجلس و الحيوان و نحو ذلک فإنّ لزوم التّسليم و اشتراط القدره عليه إنّما هو بعد تماميّه أركان العقد و استحقاق المشترى التسلّم و أمّا إذا لم يتحقّق أركان العقد أو لم يستحقّ المنتقل إليه التسلّم فلا وجه لاعتبار هذا الشرط رأسا

و بالجمله لو سلّم وقوع الأصيل فى الخطر فلا فرق بين النّقل و الكشف و لا بين الفضولى من طرف واحد و من الطّرفين لو سبق إجازه أحدهما على الآخر مدّه معتدّ بها إلّا أنّ وقوعه فى الخطر ممنوع لأنّه لو وجب عليه التّسليم بمجرّد إيقاعه العقد مع الفضولى و لم يستحقّ التسلّم يقع فى الخطر و أمّا إذا كان التّسليم و التسلّم من أحكام العقد التامّ و عقد الفضولى لم يكن تامّا إلّا بعد إجازه المالک و لو على الكشف فكيف يقع فى الخطر و مجرّد لزوم العقد من طرف الأصيل و عدم جواز تصرّفه فيما انتقل عنه بالتّصرف المنافى للعقد الواقع مع الفضولى لا يوجب وقوعه فى الخطر إذا لم يجب عليه التّسليم و كان منافع ما انتقل عنه له ما لم تتحقّق الإجازه نعم لو لم يكن للإجازه دخل فى تحقّق الملک و كانت أماره صرفه و الملک حاصلا من أوّل الأمر لكان

لوقوعه فى الخطر وجه و أمّا مع مدخليّتها فى تحقّق الملكيّه فلا وجه له أصلا

و ينبغى التّنبيه على أمور

الأوّل أنّ المصنف جمع فى قوله و يتفرّع على ذلک عدم اعتبارها أصلا إذا كانت العين فى يد المشترى و فيما لم يعتبر التّسليم فيه رأسا إلى آخره بين ما لا يمكن التسليم فيه خارجا و ما لا يمكن شرعا و جمع أيضا بين ما يكون التّسليم فيه من شرائط تأثير العقد كالصّرف و السّلم و الرهن و ما يكون من شرائط تأثيره غير التّسليم كإجازه المالک لعقد الفضولى و إجازه المرتهن لعقد الرّاهن و جمع بين ما لا يعتبر فيه التّسليم كالمثالين الأوّلين و ما لا يجب لاشتراط تأخيره مدّه أو لتزلزل العقد مع أنّه لا يجمعها ضابط واحد أمّا المثال الأوّل فعدم اعتبار القدره فيه ليس لعدم اشتراط هذا العقد بها بل إنّما هو لحصول النتيجه و أمّا المثال الثانى فلا يجب فيه التّسليم شرعا من باب عدم بقاء الملک لمشترى العبد و أمّا مسأله اشتراط التّأخير مدّه فلا يجب فيه التّسليم مع تماميّه أركان العقد من باب الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزّمانيّه و هذا بخلاف عقد الفضولى فإنّه لا يجب التّسليم عليه لعدم ارتباط العقد به و لا على المالک لعدم استناد العقد إليه قبل الإجازه

ثم كان الأولى أن يفرّق قدّس سرّه بين الفضولى و الرّهن بأن يفرض عدم القدره بالنّسبه إلى المالک عدم القدره الخارجيّه و أمّا فى عقد الراهن فعدم قدرته إنّما هو للعجز الشّرعى

و على أىّ حال لا فرق بين عقد الصرف و السّلم و الرّهن و سائر العقود فإذا كان العجز عن التّسليم مانعا عن تأثير العقد أو موجبا للخيار فكذلک فى باب الصّرف و السّلم و الرّهن لأنّ القبض و إن كان شرطا فى هذه العقود الثلاثه دون غيرها إلّا أنّه ليس جزءا للسّبب النّاقل و ليس حكمه حكم القبول و إنّما هو شرط للملكيه فى باب الصّرف و السّلم

و أمّا الإلزام و الالتزام العقدى فقد تحقّق بنفس العقد و لذا اختار المشهور وجوب التّقابض كما سيجى ء فى خيار المجلس و يدلّ عليه قوله ع فإن نزى حائطا فانز معه الوارد فيمن تفرّق بدون رضا صاحبه فإذا كان العقد تامّا تكون القدره على التّسليم شرطا فى الصّرف و نحوه فلو تعذّر يفسد العقد كما فى سائر العقود نعم لو كان القبض جزءا للعقد كما هو المحتمل فى عقد الرّهن فحيث لا عقد إذ لا قبض فالعجز عن التّسليم لا أثر له لأنّه بعد حصول التّسليم لا موضوع لوجوبه و قبله لا عقد إلّا على ما احتمله المصنف قدّس سرّه من صدق الغرر عرفا و إن لم يصدق بالدّقه العقليّه

و لكنّه قدّس سرّه استشكل فيه بأن صدق الغرر عليه إنّما هو بالنّظر البدوىّ و العرف بعد الاطّلاع على الحكم الشّرعى و هو أن أثر المعامله لا يتحقّق إلّا بعد التّسليم لا يحكمون بأنّه غررى ثم أمر بالتأمّل و وجهه أنّ الحكم الشّرعىّ بلزوم القبض لا يرفع الغرر مع العجز عن تسليم الثّمن فى بيع السلم

الثّانى لا فرق فى جهه الفساد بين ما كان المشترى عالما بعجز البائع و ما كان جاهلا سواء اعتبرنا القدره على التّسليم من باب القاعده لدخلها فى مناط ماليّه الأموال أو اعتبرناها لحديث نفى الغرر لأنّ علم الطرف لا يوجب تحقّق ملاک الماليّه و لا يرفع الغرر إلّا إذا فسّر بالخديعه و هو خلاف الظّاهر

الثّالث أنّ هذا الشّرط ليس كسائر الشّرائط المعتبره فى العقود فى كون المدار على وجودها الواقعى سواء كانت معلومه أو مجهوله بل يعتبر مضافا إلى ذلک علم العاقد به فلو كان فى الواقع قادرا و لكنّه اعتقد عجزه لا يمكنه الالتزام العقدى و لا يرفع

الخطر و مقتضى ذلك فيما لو كان فى الواقع عاجزا و لكنّه اعتقد قدرته فتبيّن عجزه فى زمان يعتبر فيه التّسليم هو البطلان أيضا لا الصّحه و إعطاء بدل الحيلوله لأنه لم يقم دليل على

كون الاعتقاد تمام الموضوع حتى نحكم بصحّته و يتدارك المتعذّر تسليمه ببدل الحيلوله أو إجراء حكم التّلف قبل القبض عليه

الرابع بعد ما اعتبرنا القدره على التّسليم حال الاستحقاق فلو تعذّر مدّه فمقتضاه الفساد سواء كانت المدّه مضبوطه أو لا إلا إذا كانت قليله جدّا بحيث لا يعدّ التعذّر فى هذه المدّه تعذّرا و إلّا فمجرّد كون المدّه مضبوطه لا يقتضى كون التّسليم مقدورا للبائع حال استحقاق المشترى للتسلّم نعم إذا علم المشترى بعجز البائع فى مدّه معيّنه و قدرته بعد ذلك لا يبعد أن يكون شراؤه و الحاله هذه متضمّنا لاشتراط تأخير التّسليم مدّه التعذّر

الخامس لو كان المالك عاقدا بالمباشره فلا إشكال فى أنّ المعتبر قدره نفسه و أمّا لو كان العاقد غيره فلو كان الغير وكيلا فى إجراء الصّيغه لا غير فلا أثر لقدرته و عجزه كما لا عبره بعلمه و جهله بشرائط طلاق زوجه موكّله و أمّا لو كان وكيلا مفوّضا فلا إشكال فى كفايه قدرته و فى كفايه قدره موكله لو كان عاجزا وجهان و الأقوى كفايته سواء علم المشترى بذلك أم لا لأنّه إذا كان مناط اعتبار القدره وصول المال إلى المنتقل إليه حين استحقاقه فلو كان كلّ من الوكيل أو الموكل قادرا على التّسليم يكفى فى المناطيّه و هذا لا ينافى شرطيّه القدره فى صحّه الالتزام العقدى من الوكيل و ذلك لأنّه و إن كان عاجزا عن التّسليم إلّا أنّه من حيث كونه بمنزله الموكل و كونه بدنا تنزيليّا له يكفى قدره الموكل فى صحّه التزام التّسليم من الوكيل

و بالجمله ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الطّرف إذا اعتقد قدره الوكيل لا يشترط علمه بقدره الموكل و إذا علم بعجزه يعتبر علمه بقدره الموكل هو الصّحيح الّذى يبتنى عليه قاعده الطّوليّه فإنّه لو اعتقد قدره الوكيل يصحّ الالتزام العقدى من المشترى و يتحقّق منه الإقدام على الشراء و إن كان الوكيل فى الواقع عاجزا و هذا بخلاف ما إذا كان كلّ من الوكيل و الموكل عاجزا عن التّسليم فإنّ البيع فاسد إذا فرضنا عدم قدره المشترى أيضا على التسلّم و خيارى إذا كان قادرا

و فى الجواهر أنّه ربما قيّد الحكم بالكفايه بما إذا رضى المشترى بتسليم الموكل و رضى الموكل أيضا برجوع المشترى إليه و بنى عليه بطلان عقد الفضولى لأنه عاجز عن التّسليم و قدره المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التّراضى بها حال البيع لما عرفت أنّ فى بيع المأذون لا يكفى قدره الإذن مطلقا بل مع الشّرط المذكور و هو غير متحقّق فى الفضولى و البناء على القدره الواقعيّه باطل إذ القدره المشروطه هى القدره المعلومه دون الواقعيّه و القدره الواقعيّه من الفضولى على التّسليم إنّما تتحقّق بإجازه المالك عقد الفضولىّ لا قبلها و المعتبر هو القدره حال العقد إلى أن قال و لا يقال قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك فيتحقّق له بذلك القدره على التّسليم حال العقد

فأجاب عنه بأنّ هذا يخرج الفضولى عن كونه فضوليا لأنه يدخل بذلك فى المأذون بالفحوى و شاهد الحال و لو سلّمنا بقاءه على صفه الفضولى إلّا أنّ القائلين بصحّه الفضولى لا يقصّرون الحكم على هذا الفرض انتهى ملخّصا و الظّاهر أنّ صاحب هذا الكلام هو صاحب المصابيح قدّس سرّه و لا يخفى ما فيه أمّا أوّلا فلأنّ أصل تخصيص الحكم بكفايه قدره الموكل بما إذا رضى المشترى بتسليم الموكل و رضى هو أيضا برجوع المشترى إليه فاسد لأنّ المناط فى اعتبار القدره هو وصول المال إلى المنتقل إليه فيصحّ أن يلتزم الوكيل بالتّسليم من باب كونه بدلا عن المالك و بما أنه مفوّض إليه البيع و لا يشمله حديث نفى الغرر أيضا لأنه مع قدره الموكل

لا غرر على المشترى

و ثانيا الفضولى خارج عن باب العجز عن التّسليم تخصّصا و هو أسوأ حالا من الوكيل فى أجزاء العقد الّذى لا شبهه فى أنّ قدرته و عجزه لا أثر له فإنّه لا يرتبط به العقد حتّى يكون عجزه موجبا لبطلانه و

ثالثا لا وجه لاعتراضه على ذلك بقوله لا يقال قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك حتى يجيب عنه أولا و ثانيا لأنه لو اعتبر قدره العاقد إلّا إذا رضى المشترى بتسليم الموكل فمجرّد وثوق الفضولى بإرضاء المالك لا يوجب قدره الفضولى و ليس فى البين رضاء من المشترى بتسليم المجيز و لا رضا من المالك برجوع المشترى إليه فلا محلّ لهذا الاعتراض

و بالجمله لا شبهه فى أنّ مع قدره كلّ من الموكل و الوكيل فى تسليم المبيع يصحّ البيع

[مسأله لا يجوز بيع الآبق منفردا]

قوله قدّس سرّه مسأله لا يجوز بيع الآبق منفردا إلى آخره

هذا هو التّنبيه السّادس المتفرّع على عدم صحّه بيع ما لا يقدر على تسليمه سواء جعلنا مدرك الفساد و عدم صحّه الالتزام العقدى انتفاء مناط ماليّه المال أو جعلنا مدركه نفى الغرر المستلزم للجهل بجميع معانيه و مقتضى ذلك عدم الفرق بين الآبق و المجحود بغير بيّنه لمالكه و الضّال و المغصوب و نحو ذلك و عدم الفرق بين اليأس عن حصوله و رجائه لأنّه على جميع التّقادير لا يصحّ الالتزام العقدى بالتّسليم منجّزا و لا يندفع الغرر بمجرّد احتمال الحصول

ثم إنّ موضوع البحث و إن كان المبيع إلّا أنّه بناء على القاعده المتقدّمه ينبغى أن لا يفرّق بينه و بين الثّمن

نعم بناء على النصّ يمكن الاختصاص بالمبيع لو لم يكن المرسل و هو نهى النّبى ص عن الغرر معمولا به على الإطلاق و لكن الظّاهر كونه معمولا به و لذا يجرون حكم البيع على سائر المعاوضات من الإجاره و المزارعه و المساقاه و نحو ذلك

نعم الصّلح المبنىّ على التّسالم و المسامحه لا يجرى فيه حكم البيع و كيف كان فلا يمكن منع الغرر من باب أنّه بعد اليأس يكون المبيع فى حكم التّلف قبل القبض المقتضى لانفساخ البيع أو من باب أنّ المشترى ما لم يتسلّم المبيع لا يجب عليه تسليم الثّمن فلا خطر عليه و إن لم يفسخ المعامله لرجاء حصول المبيع لأنّ هذه الأحكام الشرعيّه إنّما تترتّب على العقد الصّحيح فى حدّ نفسه فلا يمكن إثبات الصّحه بما يترتّب على الصّحيح و إلّا لزم أن يكون الحكم حافظا لموضوعه

نعم فى هذه الصّوره لو اشترط المشترى الخيار لنفسه بين الفسخ و الإمضاء فلا يبعد أن يقال بعدم صدق الغرر كما أنّه لو اشترط البائع الضّمان على نفسه فكذلك و ذلك للفرق بين ما يترتّب على البيع الصّحيح و ما أخذ فى نفس العقد فإنّ الأوّل لا يرفع الغرر لأنّ ترتّبه عليه فرع عدم كونه غرريّا فى نفسه و أمّا ما أخذ قيدا فى العقد فيلاحظ الغرر فيه بالنّسبه إلى المجموع من القيد و

السّابع مقتضى القاعده بطلان البيع و لو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأنّ جعل جزء من الثّمن مقابل المجهول غررىّ إلّا أنّه ثبت بـالنّص جواز بيع الآبق مع الضّميمه ففى صحيحه رفاعه النّخاس قلت لأبى الحسن ع أ يصلح أن أشترى من القوم الجاريه الآبقه و أعطيهم الثّمن و أطلبها أنا قال لا يصلح شراؤها إلّا أن تشترى منهم ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإنّ ذلك جائز

و موثّقه سماعه عن أبى عبد اللّه ع فى الرّجل قد يشترى العبد و هو آبق عن أهله قال لا يصلح إلّا أن يشترى معه شيئا فيقول أشترى منك هذا الشّى ء و عبدك بكذا و كذا درهما فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه و الرّوايتان وردتا بطرق متعدّده فلا إشكال فى سندهما بل مقتضى ما ورد فى باب ضمّ الضّميمه إلى مجهول الوجود كاللّبن فى الضّرع و ما فى البطون

من الحمل هو صحّه بيع الآبق مع الشكّ فى حياته فضلا عن الشكّ فى حصوله فأصل الحكم فى الجمله لا إشكال فيه إنّما الكلام فى اختصاص الصّحه بما إذا كان الآبق مرجوّ الحصول أو يصحّ مطلقا قولان و الأقوى هو الأوّل لأنّ ظاهر الرّوايتين هو رجاؤه لقوله و أطلبها أنا فى الأولى و قوله فى الثّانيه فإن لم يقدر على العبد الظّاهر فى أن مفروض السؤال كان مع رجاء القدره فالمتعيّن هو الاقتصار على ظاهر النّص

نعم بناء على صحّه الشّرط المجهول ففى مورد الشكّ أيضا يصحّ على نحو الاشتراط لا جعله جزءا للمبيع ثم إنّ ظاهر الرّوايتين اعتبار كون الضّميمه ممّا يصحّ بيعها منفردا فلا يجوز ضمّ ما لا يجوز بيعه أصلا كالمنفعه و لا ما يجوز بيعها منفردا و إن صحّ مع الضّميمه أمّا الشّرط الأوّل فلأنّ ظاهرهما أنّ الضّميمه جزء للمبيع فكان البيع ينحلّ إلى بيعين فإنّ قوله ع فتقول لهم أشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع و قوله فيقول أشترى منك هذا الشّى ء و عبدك ظاهر فى تعلّق الشّراء بكل من الضّميمه و الآبق فلا بدّ من اشتمالهما على الشّرائط غايه الأمر أنّ العلم بحصول الآبق غير لازم إلّا أنّه يعتبر قابليّه الضّميمه للشراء و المنفعه لا يصحّ شراؤها و أمّا اعتبار كونها ممّا يصحّ بيعها منفرده فلأنّه لو ضمّ ما يتعذّر تسليمه إلى مثله لا يوجب صحّه بيع ما يفسد بيعه فعلى فرض إطلاق الرّوايتين من هذه الجهه إلّا أن مناسبه الحكم و الموضوع توجب تقييده

ثم لا يخفى عليك أنّ مجرّد اليأس عن الظّفر بالآبق لا يجعله فى حكم التّلف حتى يقع البحث فى أن أحكام التّلف قبل القبض يجرى فى ذلك أو لا فإنّ موضوع البحث فى قاعده التّلف هو التّلف الحقيقى و ظاهر المتن أنّه لو تلف قبل اليأس ففى تلفه على المشترى وجهان و لكنّ الأقوى أنه لا يوزّع الثمن على الآبق فلو تلف لا يرجع المشترى إلى البائع لأنّه جعل فى الرّوايتين الثّمن بإزاء الضّميمه فى مورد عدم القدره على الآبق و لا فرق فى عدم القدره عليه بين تلفه أو اليأس من حصوله و مقتضى ذلك أنّه لو تلف الضميمه قبل القبض فإن كان قبل حصول الآبق يردّ الثمن بأجمعه و لو كان بعده يوزّع الثمن لأنّه ما دام آبقا لا يقابله شى ء من الثمن فإذا انفسخ العقد بالنّسبه إلى الضّميمه إمّا لتلفها أو لخيار يختصّ بها كما إذا كانت حيوانا يبطل بيع الآبق أيضا ثم إنّه لو كانت الضّميمه من مالك آخر ففى صحّه العقد كلام و لو أجازه

[و من شرائط العوضين عدم الغرر]

[مسأله المعروف أنّه يشترط العلم بالثّمن قدرا]

قوله قدّس سرّه مسأله المعروف أنّه يشترط العلم بالثّمن قدرا إلى آخره

الظّاهر أنّ من شرائط صحّه البيع اتّفاقا هو العلم بمقدار الثّمن و لعلّ منشأ الاتّفاق هو الحديث المتقدم المشهور بين الفريقين و هو نهى النّبى ص عن بيع الغرر أو عن الغرر و قد عرفت أنّ الغرر بجميع معانيه يستلزم الجهل فالبيع بحكم أحدهما باطل

و يؤيّده التّعليل فى روايه حمّاد بن ميسر عن جعفر عن أبيه ع أنه كره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدرى كم الدينار من الدّرهم فإنّه إذا كان استثناء الدّرهم من الدّينار موجبا للجهل بالثّمن لعدم العلم بنسبه الدّينار من الدّرهم فالبيع بحكم

أحدهما أولى بأن يكون باطلا- لأنّ الثّمن مجهول رأسا و لا- ينافى ذلك ما فى صحيحه رفاعه النّخاس الظّاهر فى صحّه البيع بحكم المشترى لأنّ الظّاهر من هذه القضيه أن بائع الجاريه وكّل المشترى فى تعيين القيمه لا أنّه باعها بثمن يعيّنه بعد المعامله مع أنّه لا يمكن الأخذ بظاهر هذه الصّحيحه لأنّه لو كان البيع بحكم المشترى جائزا لم يكن وجه لقوله ع أرى أن تقوّم الجاريه بقيمه عادله

و بالجمله لا إشكال فى تفاوت ماليّه الأموال بحسب

المقدار و الكميّه فلا بدّ من العلم بها و لا يصحّ جعل الثمن أو المثمن قابلا للانطباق على القليل و الكثير بل يستفاد من الأخبار الوارده فى خصوص المكيل و الموزون وجوب الوزن و الكيل فيهما و كذا وجوب العد فى المعدود إلّا أن يكون أحد هذه الأمور طريقا للآخر كما فى صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه ع أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثم يعدّ ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس

و على هذا فإن كان الشى ء مذروعا كالثّياب و نحوه فلا بدّ من ذرعه إلّا إذا كان الوزن طريقا لذرعه كالأقمشه المصنوعه بالمكائن فإنّها يعلم مقدار أذرعها بوزنها ثم إنّ ظاهر الأخبار الوارده فى المكيل و الموزون و المعدود وجوب اعتبار الكيل و الوزن و العدّ فيها سواء كان عدمها غرريّا أو لا فكون الغرر شخصيّا أو نوعيّا لا دخل له فى هذه الأبواب إلّا أنّ هذا الظهور متبع فيما كان مقدار ماليّه المال غير محرز إلّا بالكيل أو الوزن أو العد و أمّا إذا أحرز بالمشاهده و نحوها فيصحّ بيعه بلا تقديره بهذه الأمور

و لذا جرت السّيره على بيع مقدار من الدّهن و الجبّتين و الثلاثه من الحنطه و زبره من الحديد لخروج هذه الأشياء عن أدلّه اعتبار الوزن

و توضيح ذلك أنّ المخصّص المنفصل إذا كان مجملا مفهوما يخصّص العموم به بالقدر المتيقّن منه و يتمسّك بالعموم فى المشتبه ففى المقام مقتضى عمومات أدلّه البيع عدم اعتبار الكيل و الوزن و لا العدّ و الذّرع إلّا أنّه ثبت فى الجمله اعتبار هذه الأمور و لكن الدّليل الدالّ عليه لا إطلاق له

أمّا دليل العدّ فلأنّه ليس إلّا روايه الجوز و هى ناظره إلى جهه أخرى و هى كفايه الكيل عن العدّ و لا تدلّ على اعتبار العدّ إلّا لاستفاده كونه مفروغا عنه عند السّائل و أمّا خصوصيات اعتباره فالدّليل مجمل بالنسبه إليها

و أمّا أدلّه الكيل و الوزن فأظهرها هو ذيل صحيحه الحلبى و هو قوله ع و ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا فإنّه لا يصلح مجازفه هذا ممّا يكره من بيع الطعام و ظهورها فى اعتبار الكيل فى المكيل لا شبهه فيه إلّا أنّها تختصّ بما كان مناط مقدار ماليّته الكيل أو الوزن مثلا و أمّا لو كان مناطه العدد و إن كان الوزن فيه ملحوظا أيضا بحيث إنّه لو نقص عن هذا الوزن كان معيوبا فلا يضرّ عدم كيله أو وزنه و كذلك تختصّ بما إذا كان عدم كيله مستلزما للجزافيّه و أمّا إذا خرج عنها و لو لكونه مضبوطا فى نفس الأمر و إن كان مجهولا عند المشترى بل البائع فلا يضرّ عدم كيله و وزنه و بهذا المناط يحكم بصحّه المعامله بالدّراهم و الدّنانير و إن لم يعلم مقدارهما من حيث الوزن فإنّ السكّه طريق إلى مقداره المقرّر عند السّلطان

و بهذا الوجه فصل الصّادق ع بين الدّراهم الوضاحيّه و غيرها فإنّ الدّراهم الوضاحيّه هى الدّراهم الصّحيحه الّتى لا تنقص عن الوزن شيئا و أمّا غيرها فمن جهه نقصانها الموجب للغش نهى عن المعامله بها إلّا بعد بيان مقدار نقصها و بالجمله عدم اعتبار الكيل و الوزن فى الدّراهم و الدّنانير إمّا لكون مقدار ماليّتها بالعدد و الوزن بمنزله وصف الصحّه و إمّا لأنّ السكّه طريق إلى مقدارها فيخرج عن كونه من بيع الجزاف

و كيف كان فلا شبهه فى صحّه بيع ما يكال بكيل مجهول عند المشترى كالغريب الوارد إلى بلد فإنّه و إن لم يعلم غير العراقى بمقدار الحقّه و لا العراقىّ بمقدار المنّ الشّاهى أو التبريزىّ إلّا أنّ المنّ أو الحقّه حيث إنّه مضبوط فى الواقع يخرج المعامله به عن كونها معامله جزافيّه

و حاصل الكلام أنّه يستفاد من أدلّه اعتبار الكيل و الوزن أمران أحدهما أنّ اعتبارهما إنّما هو لكونهما طريقا إلى مقدار الشّى ء و كميّته فلو كان له طريق آخر كسكّه السّلطان و نحوها فلا دليل على اعتبارهما و بهذا المناط يصحّ شراء المكيل بلا كيل لو أخبر البائع بكيله و كان موثوقا به و يصحّ كيل المعدود و وزن المكيل ثانيهما كون البيع بدونهما جزافيا فلو لم يكن كذلك يكفى الكيل و الوزن و إن لم يعرف المشترى مقدارهما و بهذا يصحّ بيع مقدار من الطعام بما يقابله فى الميزان من جنسه أو من غيره المساوى له فى القيمه

و على أىّ حال يستفاد من هذه الأدلّه أنّ الجهل بمقدار المبيع يوجب البطلان سواء كان غرريّا أو لا و فى نفس هذه الأخبار لم يعلّل مانعيّه الجهل بالغرر حتّى يبحث فى أنّه حكمه للتشريع فيكون المدار على النّوع أو علّه للمجعول فيكون المدار على الغرر الشّخصى و على فرض التّعليل به فلا شبهه أنّه حكمه

و بيان ذلك أنّه قد بيّنا فى قاعده لا ضرر أنّه لو علّق الحكم على عنوان كالضّرر و الحرج و نحوهما يكون ذلك العنوان موضوعا للحكم و يدور الحكم مداره و بذلك يكون لا ضرر أو لا حرج حاكما على أدلّه الأحكام و لا محاله يكون الضّرر أو الحرج المنفىّ شخصيّا

و أمّا لو علّق الحكم على عنوان آخر غير عنوان الضّرر و الحرج و علّل بهما فلا محاله يكونان علّه للتشريع و لا يطّرد و لا ينعكس فيكون نوعيّا و الحرج ورد على كلا الوجهين ففى الحديد يكون الحرج حكمه لرفع نجاسته و فى مثل مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ يكون حاكما على أدلّه الأحكام

و أمّا نفى الضّرر فكونه حاكما على أدلّه الأحكام لا إشكال فيه كما فى قضيّه سمره و أمّا كونه علّه للتشريع فيتوقّف على ورود هذا اللّفظ منه صلّى اللّه عليه و آله فى ذيل حكمه بالشّفعه أو حكمه بكراهه منع فضل الماء و أمّا فى المقام فلم يرد منه ص إلّا النّهى عن الغرر إمّا مطلقا أو فى البيع من دون تعليله بعلّه فكون الحكم دائرا مدار الغرر الشّخصىّ أو النوعىّ لا موضوع له لأنّ نفس عنوان الغرر إذا كان متعلّقا للنّهى فلا محاله يدور الحكم مداره

نعم لهذا البحث مجال إذا استفيد من أدلّه اعتبار الكيل أو الوزن كون عدمه غرريّا فحيث إنّ اعتبارهما و كذا اعتبار العدد إنّما هو لرفع الغرر فلا محاله يكون الحكم ثابتا و لو لم يكن غرر و أمّا فى الذّرع فلا دليل عليه إلّا نفى الغرر و نهيه ص عنه فلا بدّ أن يكون المدار على تحقّق الغرر

و لكنّك خبير بأن التّفصيل فى الأبواب الأربعه لا يمكن الالتزام به للقطع باتّحاد أحكامها فلا بدّ أن يقال إذا كان إحراز مقدار ماليّه المال بالكيل أو الوزن فالجهل به يوجب فساد المعامله و لكن ذلك إنّما هو بالنظر إلى الأمرين المتقدّمين و هما عدم طريق آخر لإحرازه و كون البيع بدون العلم بالمقدار جزافيّا و أمّا لو لم يكن كذلك كبيع مقدار من الطعام بما يقابله من جنسه فلا خصوصيّه لها أيضا

و ممّا ذكرنا ظهر ما فى

[مسأله لو قلنا باعتبار الغرر الشّخصى]

قوله قدّس سرّه مسأله لو قلنا بأنّ المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشّخصى فلا إشكال فى جواز تقدير كلّ منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك إلى آخره

و ذلك لما عرفت من أنّه لم يعلّل اعتبار هذه التقديرات بالغرر

نعم يمكن أن يدّعى أنّ حكمته سدّ باب الغرر المؤدّى إلى التّنازع و على هذا فلا يدور الحكم مدار الغرر بل لا بدّ من التقدير بأحد هذه الأمور إنّما الكلام فى أنّه هل يختصّ كلّ واحد منها بما يتعارف التقدير به أو يجوز التّقدير بأحد هذه الأمور مطلقا أو يفصل بين الوزن و غيره فيكتفى به فى الجميع

دون غيره و الأقوى هو الأوّل

و توضيح ذلك أنّه لا شبهه أنّ للوزن دخلا فى ماليّه الأموال غالبا حتى فى المعدود إذا كان مأكولا فإنّ الجوز و البيض و نحوهما يختلف قيمته باختلاف وزنه و قد يتّفق مدخليّه عدد الشّى ء أو كيله أو ذرعه فى ماليته و على هذا فإذا كان لحجم الشّى ء دخل فى الماليّه لا يكفى الوزن عن الكيل كما أنّه لو كان للذّرع أو العدد دخل فى الماليّه لا يكفى الوزن عنه

نعم يصحّ جعل الوزن طريقا إلى الذّرع أو العدد أو الكيل إذا ثبت طريقيّته لها بالامتحان و التّجربه و على هذا فلا نعرف وجها محصّلا لما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الكلام تاره فى كفايه كل من التّقديرين فى المقدّر بالآخر من حيث جعله دليلا على التّقدير المعتبر فيه و أخرى فى كفايته فيه أصلا من غير ملاحظه تقديره المتعارف لأنّ الكلام إمّا فيما لا دخل لغير الوزن فى ماليته و إمّا فيما له دخل فيها فإذا كان المناط منحصرا فى نفس المقدار لا يجوز تقديره إلّا بالوزن إلّا أن يكون غيره طريقا مضبوطا إليه بحيث لا يتخلّف عنه أصلا أو بمقدار يتسامح فيه

و إذا كان للعدد أو الحجم أو الذّرع أيضا دخل يجب مضافا إلى الوزن تقدير كلّ بما له دخل فى ماليّته و لا يصحّ الوزن أو العدّ بدل الكيل و لا الكيل أو الوزن بدل العدّ إلّا أن يكون طريقا مضبوطا إليه بحيث لا يتخلّف عنه إلّا بمقدار يتسامح فيه

و لا يدلّ روايه وهب على تقدير ما يكال بالوزن و ما يوزن بالكيل لأنّ قوله ع لا بأس بالسّلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن ليس معناه أن كلّ واحد يصحّ بدلا عن الآخر بل معناه أنّ ثمن المكيل يمكن أن يكون موزونا و بالعكس

و بالجمله احتمال كفايه أحد التقديرين عن الآخر أصاله من غير ملاحظه التّقدير الآخر لا وجه له فيما كان لغير المقدار و الكمّ أيضا دخل فى مقدار الماليّه و عدم كفايه جعل أحدهما طريقا للآخر لا معنى له إذا كان هو فى الواقع طريقا معتبرا و أمّا إذا لم يكن طريقا مضبوطا إليه بل يتخلّف بما لا يتسامح فيه فلا معنى لجواز جعله طريقا و البناء على ذلك المقدار لأنّ البناء عليه لا يخرجه عن الجهاله و إلّا لصحّ بيع الموزون مشاهده مع البناء على أنّه مقدار خاصّ و لا يمكن قياسه بإخبار البائع بالكيل فإنّه طريق معتبر شرعيّ

و حاصل الكلام أنّ نيّه كون شى ء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقدارا بمقدار خاص و نحو ذلك من الأمور البنائيّه و القلبيّه لا أساس لها فى باب المعاملات فالعمده لحاظ الرّوايات الوارده فى هذا الباب فلو دلّت على أنّ نفس الجهل بالمقدار يوجب فساد المعامله سواء كان غرريّا أو لا يجب رفعه بأحد هذه المقادير كلّ منها فى مورده أو بما هو طريق إليه و على هذا فلا وجه للتّفصيل بين الوزن و الكيل كما لا وجه لجعل أحد التقديرات دليلا على الآخر لو لم يكن هو بنفسه طريقا له فإن مجرّد لحاظه طريقا لا يرفع الغرر و إلّا لصحّ بيع الموزون مشاهده مع البناء على كونه بالوزن الخاص

قوله قدّس سرّه بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشّى ء مكيلا أو موزونا إلى آخره

بعد ما ظهر الكبرى و أنّه يعتبر الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون و كذا العدد و الذرع فى المعدود و المذروع فيقع البحث

فى الصّغرى و تعيين ما هو من المكيل أو الموزون أو المعدود أو المذروع و ما يصحّ بيعه مشاهده

قد يقال باعتبار الوزن أو الكيل فيما بيع بهما فى زمان الشّارع و حكم الباقى فى البلدان ما هو المتعارف فيها و نسب صاحب الحدائق ذلك إلى الأصحاب و منعه صاحب الجواهر قدّس سرّه و قال

إن لحاظ زمان الشّارع يختصّ بباب الرّبا و أمّا بالنّسبه إلى الغرر فلا مدخليّه لزمان الشّارع فيه و أشكل المصنف عليه بما حاصله أنّ الموضوع فى كلتا المسألتين شى ء واحد و هو المكيل و الموزون و قد حمل عليه حكمان أحدهما عدم صحّه بيعه جزافا و الآخر عدم صحّه أخذ الزياده فى بيع بعضه ببعض و الإنصاف أنّ كلمات الأعلام فى المقام مضطربه

و دعوى أنّ الموضوع فى المسألتين شى ء واحد لا دليل عليها فالإيراد الثّانى من المصنف عليه غير وارد كما أنّه لا يرد عليه إيراده الأوّل بمجرّد عباره المبسوط و التذكره و قوله فى المبسوط بلا خلاف لا يدلّ على الإجماع المعتبر عندنا فإنّ الإجماع و عدم الخلاف فى اصطلاح القدماء محمول على أمر آخر غير الاتّفاق الكاشف عن رأى المعصوم فإذا لم يثبت الاتّفاق على اعتبار الكيل و الوزن فيما كان مكيلا أو موزونا فى عصر الشّارع فلا بدّ من التشبّث بما تقتضيه القاعده الكليّه حتى يكون المدار عليها إلّا ما ثبت خروجه عنها

فنقول قوله ع ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا- لا- يصلح مجازفه من القضايا الحقيقيّه الّتى أنشأ الحكم فيها على الموضوعات المقدّر وجودها فكل مصداق انطبق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم سواء كان هذا المصداق مكيلا فى عصر الشّارع أو لم يكن و كلّ ما لم تسم فيه الكيل أى لم يجعل له الكيل يصحّ بيعه بلا كيل سواء كان هذا الشّى ء مكيلا سابقا أو فى خصوص عصر النّبى صلّى اللّه عليه و آله أو لم يكن

و بالجمله هذه القضيّه حقيقيّه كسائر القضايا الشرعيّه و على فرض اختصاصها بباب الرّبا بأن يقال المدار فيه على المصداق الخارجى من المكيل و الموزون و هو الّذى كان معنونا بهذا العنوان فى عصر الشّارع بحيث إذا كان شى ء مكيلا فى عصره لا يجوز التّفاضل عليه إلى يوم القيمه و لو بيع فى العصر السّابق على عصره مشاهده أو بيع بعد عصره كذلك إلّا أنه لم يقم دليل على أنّ المدار فى الغرر على الكيل فى زمانه ص بحيث إنّه إذا كان شى ء مكيلا فى المدينه المنوّره أو فى سائر البلاد فى عصره ثم يباع بغير كيل و وزن فى الأعصار المتأخره يبطل بيعه

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى قوله ثالثا إلى آخره لا يستقيم لأنّ حاصل ما ذكره مركب من مقدمتين أولاهما أنّ ما كان ربويّا فى عصر الشّارع ربوىّ إلى يوم القيامه و ثانيهما أن من شرط جريان الرّبا فى معامله كون الكيل و الوزن شرطا فى صحّه بيعه فضمّ المقدّمه الثانيه إلى الأولى ينتج أنّ ما كان مكيلا فى عصر الشّارع لا بدّ أن يكال إلى يوم القيامه و ما كان موزونا لا بدّ أن يوزن و ما يباع فى عصره جزافا يصحّ بيعه كذلك و إن تعارف وزنه لعزّته و قلّه وجوده

و السرّ فى استفاده هذه النتيجه ظاهر لأنه لو قام الإجماع على أنّ ما كان ربويّا فى عصره يكون ربويا إلى الأبد و ثبت أنّ شرط الرّبا هو أن يكون الكيل أو الوزن شرطا فى صحّته فيثبت الملازمه بين كون الشى ء مكيلا فى عصره و كونه مكيلا فى الأعصار اللّاحقه

و لكنّك خبير بما فيه أمّا أولا فلمنع المقدّمه الأولى فإنّ ظاهر أدلّه الربا أنّه يدور الحكم مدار كون الشّى ء مكيلا أو موزونا و هذه قضيّه حقيقيّه يدور الحكم مدار تحقّق موضوعه فى كل عصر و ذلك لا يستلزم النّسخ لأنه رفع الحكم عن موضوعه لا

اختلافه بتبدّل موضوعه

و ثانيا على فرض تسليم هـذه المقدّمه و الالتزام بأنّ كلّ ما كان ربويّا فى عصـر الشّارع فهو ربوىّ إلى يوم القيمه بأن يقيّد عنوان المكيل و الموزون بما كان

مکیلا أو موزونا فی عصره لا مطلقا إلّا أنّ اشتراط جریان الرّبا فی معامله بکون الکیل و الوزن شرطا فی صحّه بیعه لا ینتج إلّا أنّه من جهه التخلّص عن الرّبا و عدم التّفاضل لا بدّ من الکیل و الوزن حتی یباع الشی ء متساویا و أمّا اعتبار الکیل و الوزن من جهه الغرر فلا یستنتج من هذه الشّرطیّه

و بعباره أخری کون جریان الربا فی معامله مشروطا بأن یکون الکیل و الوزن شرطا فی صحّه بیعه بمنزله شرط الوجوب و أمّا کون الربا فی عصره مستلزما لجریان الرّبا إلی الأبد و ملازما لاعتبار الکیل أو الوزن فی الأعصار اللّاحقه فهو بمنزله شرط الواجب فیعتبر للتخلّص من الربا الکیل أو الوزن و أمّا اعتبار أصل الکیل و الوزن فی صحّه المعامله فلا دلیل علیه

و حاصل الکلام أنّه لو سلّمنا قیام الإجماع علی أنّ ما کان ربویا فی عصر الشّارع فهو ربویّ دائما و سلمنا الملازمه بین کون الشّی ء ربویا و کون الکیل أو الوزن شرطا فی صحّه بیعه بأن رتّبنا القیاس الاستثنائی و هو أن کلّ ما کان ربویا یشترط فی صحّه بیعه الکیل أو الوزن و هذا ربوی فیشترط فی صحّه بیعه الکیل أو الوزن إلّا أنّ هذا الإجماع مع هذا القیاس لا ینتج إلّا ضدّ ما قصده المصنف قدّس سرّه لأنّ توقّف جریان الربا فی معامله علی کون الکیل أو الوزن شرطا فی صحه بیعه لا یخلو إمّا أن یکون منشؤه هو التخلّص عن الرّبا بحیث إنّه لو جعل الأثمان مقابل هذا الشّی ء لا جنسه یصحّ بیعه بلا کیل و لا وزن و إمّا أن یکون منشؤه أنّ قوام مالیّته بالتقدیر لکونه فی غایه العزّه و الغلاء

و علی کلا التقدیرین لا ینتج ما قصده بل التقدیر الأخیر مناقض لما قصده أمّا علی الأوّل فلأن توقّف التخلّص عن الرّبا علی الکیل أو الوزن لا یلازم کون الشّی ء مکیلا أو موزونا لأنّه یصحّ بیعه بعوض من غیر جنسه بلا کیل أو وزن

و أمّا علی الثّانی فعدم صحّه بیع الشّی ء بلا کیل و لا وزن لتوقّف معرفه مقدار مالیّته علیهما یقتضی صحّه بیعه بدونهما إذا صار الشّی ء مبذولا بحیث لا یتوقّف معرفه مقدار مالیّته علیهما فتوقّف جریان الرّبا فی معامله علی کون الشّی ء مکیلا أو موزونا من باب توقّف مالیّته علی التّقدیر بهما مناقض لما ادّعاه من اعتبار الکیل و الوزن فی شی ء کان مکیلا أو موزونا فی عصر الشّارع فتدبّر جیّدا

هذا مع أنّه یمکن أن یقال إنّ تقیید جریان الرّبا فی معامله بکون الکیل أو الوزن شرطا فی صحّه بیعه إنّما هو فی مرحله الحدوث و دون البقاء و ذلک لما یحکی عن التّنقیح من دعوی الإجماع علی أنّ ما کان مکیلا أو موزونا فی عصر النّبی ص فی جمیع البلدان أو کلّ بلد جری فیه الرّبا و إن تغیّر بعد ذلک و ما لم یکن من أحدهما لا یجری فیه الرّبا و إن تغیّر بعد ذلک و صار من أحدهما و لازم ذلک أنّ جریان الرّبا فی معامله و إن اعتبر فیه الکیل و الوزن إلّا أنّ اعتبارهما إنّما هو فی عصر الشّارع و أمّا التّغییر بعد ذلک و صیروره الشی ء غیر مکیل أو موزون فلا ینافی ثبوت الربا فیه و مرجع هذا الکلام إلی أنّ الربویّ فی عصر الشّارع ربویّ دائما و لکن کون الشّی ء مکیلا أو موزونا یختلف باختلاف الأعصار

و حاصل الکلام أنّ ما أسنده صاحب الحدائق إلی الأصحاب من أنّ المناط فی المکیل و الموزون المعتبرین فی صحّه البیع ما کانا کذلک فی زمان الشّارع و لو فی غیر مسأله الرّبا و أیّده المصنف قدّس سرّه من غرائب الکلام و أغرب من ذلک تمسّکه

لذلک بأنّ المرجع فی الألفاظ الوارده فی لسان الشّارع إلی عرفه ص لأنّ هذا الکلام إنّما یتمّ فی الماهیّات المجعوله منه

لا مطلق الألفاظ الوارده و المستعمله فی لسانه فإنّ مرجعها إلی العرف و ذلک واضح

و علی هذا فلو سلّم أنّ موضوع المسألتین شی ء واحد إلّا أنّه لو شکّ فی شی ء کونه مکیلا أو موزونا و کونه یباع مشاهده أو عددا أو ذرعا فی عصر الشّارع فمقتضی أصاله البراءه عدم حرمه التّفاضل و إن کان من حیث صحّه البیع الأصل الفساد إلّا أن یقدّر علی نحو یرتفع به الغرر

و کیف کان فالمسأله فی غایه الإشکال من حیث الصّغری و ما هو المناط فی الکیل و الوزن و إن کان الأقوی هو ما ذکرناه من حیث ظهور القضیّه فی کونها حقیقیّه فالمدار علی تحقّق المصداق فی أی عصر و مع اختلاف البلدان فلکلّ بلد حکم نفسه ثم إنّ استفاده کون المدار علی العرف العام لو کان و مع عدمه فلکلّ بلد حکمه و مع الاختلاف فی البلد الواحد فالتّخییر من الأخبار الوارده فی المکیل و الموزون لیست بهذه المرتبه من الصّعوبه و الإشکال لأنّ الکلی إذا کان ذا مراتب و مقولا بالتّشکیک بالنّسبه إلی ما یندرج تحته فشموله لجمیع المراتب لا إشکال فیه فقولهم علیهم السّلام ما کان مکیلا فلا یباع جزافا و ما کان من طعام سمّیت فیه کیلا فإنّه لا یصلح مجازفه یشمل جمیع هذه المراتب

[مسأله إذا أخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه]

قوله قدّس سرّه مسأله إذا أخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه إلی آخره

لا یخفی أنّ توضیح هذا العنوان یتوقّف علی ذکر أمور الأوّل أنّه لا ینبغی الإشکال فی صحّه الاعتماد علی إخبار البائع بالکیل و الوزن و العدّ و الذّرع لما عرفت من أنّ اعتبار هذه الأمور إنّما هو لخروج بیع الشّی ء عن کونه جزافا و الاعتماد علی إخباره بها یخرجه عنه و تدلّ علیه مضافا إلی ذلک الرّوایات الوارده فی هذا الباب فعن عبد الکریم بن عمرو قال قلت لأبی عبد اللّه ع أشتری الطّعام فأکتاله و معی من قد شهد الکیل و إنّما أکیله لنفسی فیقول بعنیه فأبیعه إیاه علی ذلک الکیل الّذی اکتلته قال لا بأس و عن ابن بکیر عن رجل من أصحابنا قال سألت أبا عبد اللّه ع عن الرّجل یشتری الجصّ فیکیل بعضه و یأخذ البقیّه بغیر کیل فقال إمّا أن یأخذ کله بتصدیقه و إمّا أن یکیله کلّه و عن محمّد بن حمران قال قلت لأبی عبد اللّه ع اشترینا طعاما فزعم صاحبه أنّه کاله فصدّقناه و أخذناه بکیله فقال لا بأس

و بهذا المضمون أیضا روایات أخری و لا یعارضها صحیحه الحلبی عن أبی عبد اللّه ع أنّه قال فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم و إنّ صاحبه قال للمشتری ابتع منّی هذا العدل الآخر بغیر کیل فإنّ فیه مثل ما فی الآخر الّذی ابتعت قال لا یصلح إلّا بکیل و قال و ما کان من طعام سمّیت فیه کیلا فإنّه لا یصلح مجازفه هذا ممّا یکره من بیع الطّعام لأنّها لا تدلّ علی أنّ البائع أخبر بالکیل عن حس لأنّ قوله فإن فیه مثل ما فی الآخر ظاهر فی أنّه یحدس المقدار من غلبه تساوی العدلین فیه هذا مع أنّه علی فرض الظّهور یحمل علی الکراهه المصطلحه لصراحه تلک الأخبار فی الرّخصه

الثّانی هل إخبار البائع بالمقدار من الأمارات التعبّدیّه حتّی لا یدور حجیّته مدار الظنّ الفعلی فضلا عن الاطمئنان أو من باب

كونه طريقا عرفيا إليه أو لا هـذا و لا ذاك بل يدور مدار كونه رافعا للغرر و عدمه وجوه و الأقوى هو الأخير لعدم استفاده جعل الطّريقيّه لقول البائع من هذه الإخبار و ليس طريقا عرفيا مضبوطا أيضا بل يظهر من ذيل روايه أبى العطارد أنّ المدار على الوثوق و الاطمئنان فقال ع إذا ائتمنک فلا بأس

و على أىّ حال فمجرّد بناء المتعاملين على مقدار خاص لا يفيد صحّه بيع ما يكال بغير الكيل و لا يقاس على بيع العين الغائبه بأوصاف مذكوره لأنّ ذكر الوصف يخرج المبيع عن الجهاله و على هذا فلو قلنا بأنّ إخبار البائع طريق تعبّدى إلى المخبر به يكفى نفس إخباره لأن بحجيّته يرتفع الجهاله و أمّا لو قلنا بأنّه طريق عرفىّ لمعرفه مقدار المبيع فإذا لم يرتفع به الجهاله لا يصحّ المعامله بمجرّد بناء المتعاملين على أنّه بمقدار خاصّ فتعيّن أن يكون وجه اعتباره خروج البيع بإخباره عن كونه مجازفه نظير بيع العين الغائبه بأوصاف مذكوره فى العقد فإنّ ذكرها يرفع الجهاله و الخطر

الثّالث لو تبيّن الخلاف تخيّر المشترى بين الفسخ و الإمضاء سواء كان زائدا على ما أخبر به أو ناقصا عنه أمّا إذا كان زائدا فلأنّ الزياده ملك للبائع و يصير شريكا على نحو الإشاعه مع المشترى و الشّركه عيب يوجب الخيار و أمّا إذا كان ناقصا فلتخلّف وصف الانضمام الّذى اشترط ضمنا و أمّا احتمال بطلان أصل المعامله من باب تخلّف عنوان المبيع ففيه أنّه فرق بين ما إذا باع عينا بعنوان أنّها عبد فتبيّن كونها حمارا أو جاريه و ما إذا باع عشره أمنان من الحنطه و تبيّن كونها ثمانيه ففيما تبيّن كونها حمارا تخلّف عنوان المبيع عرفا و عقلا و فيما تبيّن كونها جاريه تخلّف عنوان المبيع عرفا لا عقلا و على أىّ تقدير يبطل البيع لأنّ مناط ماليه الأموال بصورتها النوعيّه العرفيّه لا بالمادّه المشتركه بين جميع الأشياء و لذا لا فرق فى مورد تخلّف العنوان بين جعله موضوعا كما لو قيل بعتك العبد أو جعله وصفا أو شرطا كما لو قيل بعتك هذا الّذى هو عبد أو بعتك هذا إن كان عبدا

و أمّا إذا تخلّف مقدار البيع فلا وجه لبطلان أصل البيع بل إمّا يبطل البيع بالنّسبه إلى المقدار النّاقص أى ينحلّ البيع إلى بيوع متعدّده بالنّسبه إلى كلّ منّ و إمّا يصحّ البيع بالنّسبه إلى الجميع و يحسب النّقصان كتخلّف الوصف الّذى لا يوزع الثّمن بإزائه و على كلا التّقديرين فلا وجه لاحتمال فساد البيع

و لا يقال حكم تخلّف المقدار كتخلّف عنوان المبيع لأنّ كلّا منهما ممّا يتوقّف صحّه البيع عليه فكما أنّه لا يصحّ البيع إذا كان العنوان مجهولا فكذا يفسد إذا كان المقدار مجهولا و كما أنّه لو باعه بعنوان خاص فتخلّفه موجب للبطلان فكذلك لو باعه على مقدار خاصّ فلا بدّ أن يكون تخلّفه موجبا للبطلان رأسا

لأنّا نقول فرق بين مقدار الماليّه و عنوان المبيع فإن كلّا منهما و إن كان من شرائط صحّه البيع إلّا أنّ تخلّف العنوان يوجب تغيير ما هو المبيع رأسا و هذا بخلاف تخلّف المقدار فإن المبيع لم يختلف إلّا من حيث انضمام متّفقى الحكم و القيمه فانحلال العقد بالنّسبه إلى الثّانى هو المتعيّن دون الأوّل

و بالجمله تخلّف المقدار ملحق بتخلّف الوصف لا بتخلّف العنوان و إن شئت قلت فرق بين شرائط صحّه البيع فما هو راجع إلى عدم الغرر فتخلّفه لا يوجب إلّا الخيار و ما هو راجع إلى الصوره النوعيّه للمبيع فتخلّفه يوجب البطلان و إن شئت قلت فرق بين الأوصاف المشترطه فى البيع صريحا أو ضمنا فالأوصاف إذا كانت خارجيه ككتابه العبد و نحوها بحيث لا يتوقّف صحّه البيع عليها فتخلّفها لا يوجب إلّا الخيار بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن

و أمّا إذا كانت داخليّه كمقدار المبيع بحيث يتوقّف صحّه البيع على العلم

بها فتخلّفه يوجب الخيار بين الفسخ و الإمضاء بمقدار من الثمن و هذا هو الأقوى فإنّه لا وجه لإلحاق نقص المقدار بتخلّف وصف الكتابه فإنّ بإزاء وصف الكتابه لا يقع جزءا من الثّمن و إنّما يصير وجوده منشأ لزياده قيمه الموصوف به

و أمّا المقدار فالثمن يوزع عليه فإذا بيع عشره أمنان بعشره دراهم فقد قوبل كلّ منّ بدرهم فإذا تبيّن نقص المبيع و كونه ثمانيه فلا محيص إلّا من نقص درهمين فله الإمضاء مع استرداد التّفاوت و له الفسخ لتخلف وصف الانضمام الّذى اشترط ضمنا

و ما اختاره شيخنا الأستاذ مد ظلّه فى الوسيله من أنّه لو اشترى عشره أمنان الّتى هى هذه الصبره فتخلّفه موجب للخيار مع التّقسيط و أمّا لو اشترى هذه الصّبره الخارجيّه مقدّره بكونها عشره أمنان فتخلّفه موجب للخيار بلا تقسيط لأنّ حكمه حكم تخلّف الشّرط و المبيع نفس العين الخارجيّه و هكذا الحكم فيما لو كانت الأجزاء مختلفه من حيث الجوده و الرّداءه كما لو اشترى عشره أجرب الّتى هى هذه الأرض أو اشترى هذه القطعه المحسوسه مقدره بكونها عشره أجرب لم يتّضح لنا وجهه و أنّ اختلاف التّعبير لا يغيّر الواقع و المقدار دائما جزء المبيع سواء كان كيلا أو وزنا أو عددا أو ذرعا

و إن جعل فى مقام التّعبير شرطا و جعل عنوان المبيع نفس العين الخارجيّه فالجزء دخيل فى قوام المعامله و العوض يقع بإزاء كلّ جزء جزء فعدم وجود مقدار من المبيع يوجب استرداد مقدار من الثّمن و أمّا الأوصاف الخارجيّه كالكتابه و نحوها فهى و إن كانت دخيلا فى عالم اللبّ فى زياده الثّمن إلّا أنّ العوض لا يقع فى مقام الإنشاء المعاملى إلّا بإزاء الموصوف

و بالجمله المقدار متوسّط بين الصّور النّوعيّه و الأوصاف الخارجيّه فمن جهه ملحق بالصّور النّوعيّه فيستردّ من الثّمن بمقدار النّاقص و من جهه ملحق بالأوصاف فتخلّفه موجب للخيار

و بعباره أخرى من جهه داخل فى الالتزام الأولى الّذى هو نفس المنشأ بالعقد و من جهه داخل فى الالتزام الثّانوى أى التزام فى التزام و تخلفه لا يوجب بطلان أصل المعامله ثم إنّه لا وجه لثبوت الخيار للبائع فيما تبيّن زياده المقدار الّذى أخبر به لأنّه و إن صار شريكا مع المشترى بنحو الإشاعه إلّا أن كلّ شركه لا تقتضى ثبوت الخيار فإنها و إن كانت عيبا إلّا أنّه ما لم يدخل ضدّه و هو السّلامه عن العيب تحت الالتزام الضّمنى فتحقّقه لا يوجب الخيار فالزّياده توجب الخيار للمشترى لأنّ المبيع الّذى انتقل إليه لو لم يكن مفروزا فهو معيوب لأنّه اشترط ضمنا كونه مفروزا و أمّا البائع فيثبت له الخيار لو كان فى الثّمن شركه

و أمّا الشّركه فى المثمن فلا وجه لكونها موجبا للخيار و هذا من غير فرق بين علم البائع بالزياده و جهله لأنه على أى حال لم يشترط على المشترى عدم الشركه فلا يملك عليه شيئا

[مسأله قال فى الشّرائع يجوز بيع الثّوب و الأرض مع المشاهده و إن لم يمسحا]

قوله قدّس سرّه مسأله قال فى الشّرائع يجوز بيع الثّوب و الأرض مع المشاهده و إن لم يمسحا إلى آخره

لا يخفى أنّ ما يصحّ بيعه بالمشاهده على قسمين قسم لا يعتبر فيه الكيل و الوزن و العدّ و المساحه من جهه مبذوليّته و كثره

وجوده بحيث يتسامـح فيه قله و كثره و لا يعد بيعه بلا تقدير مجازفه و قسم تكون المشاهده طريقا معتبرا لمعرفه مقداره بحيث لا يتخلّف عاده إلّا بمقـدار يتسامـح فيه و أمّا لو لم يكن من هـذين فلا وجه للقول بصـحّه بيعه كذلك و مجرّد كون المبيع مختلف الأجزاء لا يوجب صحّه بيعه بالمشاهده لا سيّما فى مثل قطيعه الغنم الّتى تتفاوت ماليّتها

قله و كثره حسب أفراد القطيعه

[مسأله بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصّيعان أو متفرّقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبدين و شبه ذلك يتصوّر على وجوه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل و هو بيع الكسر المشاع لا ينبغى الإشكال فى صحّته من غير فرق بين أن تكون الجمله الّتى يباع بعضها متساويه الأجزاء من حيث الصّفه المستلزمه لتساوى قيمتها و أن تكون مختلفه كأحد العبدين و إحدى الشّاتين فإنّهما قيميّان لاختلاف أفرادهما غالبا لأنّه كما لو باع صاعا من صبره مشتمله على عشره أصوع فقد باع عشرا من الصّبره فكذا لو باع عبدا من العبدين فقد باع النّصف من كلّ منهما لأنّ نسبه المبيع إلى الجمله فى الأوّل هى العشر و نسبته إليها فى الثّانى النّصف

و دعوى أنّ ظاهر الثّانى هو الوجه الثّانى أو الثّالث من وجوه بيع البعض من الكلّ لا الوجه الأوّل و هو الكسر المشاع لا شاهد لها لأنّ غايه ما يدعى من الفرق بين الصّبره و العبدين أمران أحدهما انصراف إطلاق المبيع فى قوله بعتك عبدا من العبدين إلى واحد منهما إمّا على الوجه الثّانى أو الثالث لا إلى النّصف من كلّ منهما و ثانيهما توقّف الحمل على الإشاعه فى مورد العبد على تنزيل العبدين منزله أمر واحد حتّى يباع جزء مشاع منه و لا يتوقّف على هذا التّنزيل فى مثل الصّبره لأنّها بنفسها أمر واحد خارجىّ

و بعباره واضحه الوحده الحقيقيّه أو الاعتباريّه اللّازمه فى كلّ مركّب هى موجوده بنفسها فى الصّبره و هذا بخلاف الوحده فى العبدين فإنّها لا حقيقيّه و لا اعتباريّه معتبره من الشّارع أو العقلاء بل إنّما تتحقّق بنفس اعتبار المتعاقدين و الإنشاء الواحد لا يمكن أن يتكفّل أمرين الأوّل تنزيل الشّيئين منزله شى ء واحد و الثّانى بيع الكسر المشاع فى المجموع

و لكنّك خبير بأنّ هذين الفرقين غير فارقين أمّا الانصراف فلأنّه ليس الكلام فى مقام الإثبات حتى يدعى انصراف المطلق إلى بعض أفراده بل فى مقام الأقسام بحسب الثّبوت و أنّه لو قصد البائع من قوله بعتك عبدا من العبدين نصفا من كلّ منهما فما حكمه

و بعباره أخرى عدم ظهور الكلام فيما قصده المتبايعان لا يوجب الفرق بين المثال و غيره من الأمثله بحسب التصوّر و أمّا توقّف الكسر المشاع فى الثّانى على التّنزيل فهذا لا يضرّ بصحّه بيع الكسر المشاع فإن اعتباره لا مئونه له و لا يلزم أن يتكفّله الإنشاء حتى يقال إنّه لا يمكن الجمع بين اللّحاظين فى إنشاء واحد

و بالجمله لا فرق بين متّفق الأجزاء و مختلفها هذا كلّه لا إشكال فيه و إنّما الكلام فى تصوير الكسر المشاع و أنّ الشّركه

الحاصله فى المبيع على أىّ كيفيّه فنقول ذهب أكثر المتكلّمين و بعض الحكمـاء قبل ظهور الإسـلام إلى أنّ مادّه الجسم المطلق هى الأجزاء الّتى لا تقبل القسمه لا خارجا و لا ذهنا و يسمّى كل جزء من هذه الأجزاء بالجوهر الفرد و الجزء الّذى لا يتجزّى

و ذهب النّظـام إلى أنّ الجسم مؤلّفه من أجزاء غير متنـاهيه و إخبار بعض المحقّقين من المتكلّمين و جمهور الحكماء إلى بطلان الجزء الّـذى لا ـ يتجزّى و على فرض تحقّقه فليس هو مـادّه الجسم المطلق و صـار بطلاـن عـدم قـابليّه الجزء للقسـمه من أوضـح البديهيّات فى عصرنا لأنّ كلّ متحيّز بالذّات أى كلّ ما هو قابل للإشاره الحسيّه إليه لا بدّ أن يكون ما يحاذى منه جهه الفوق غير ما يحاذى منه جهه التحت و كـذا باقى الجهات السّت فلا محيص من أن يكون منقسـما و إن لم يكن فعلا كـذلك و لم يكن لنا آله لتقسيمه

هذا مضافا إلى

ما يرهنوا عليه من لزوم تفكّك الرّحى و نفى الدائره و هكذا بطلان مذهب النّظام صار بديهيّا لأنّه لو كان الجسم مركبا فعلا من أجزاء غير متناهيه يلزم امتناع قطع مسافه معيّنه فى مدّه متناهيه إلّا بالطّفره

إذا عرفت ذلك فحيث إنّ الجزء قابل للقسمه فمعنى الشّركه على الإشاعه أن كل جزء يفرض فى الجسم فكل واحد من الشّريكين المتساويين مالك لنصف هذا الجزء لا أنّ كلّ واحد مالك فى تمام الجزء و لا أن لكلّ واحد جزءا خاصّا واقعا غير معلوم ظاهرا

نعم لو انتهى الأمر إلى الالتزام بصحّه الجزء الّذى لا يتجزّى فلا محيص إلّا عن القول بأنّ كلّ واحد منهما مالك لجزء معيّن أو مالك لتمام هذا الجزء

و على هذه المسالك يبتنى القولين فى قسمه المشاع من أنّها بيع أو إفراز حقّ فإنّ كونها إفراز حقّ ملازم لأن يكون كلّ واحد شريكا مع الآخر فى كلّ جزء بحسب نسبه الملك بأن يكون نصفه أو ثلثه أو غير ذلك من الكسور لأحد الشّريكين و الباقى للآخر و حيث إنّ النّصف من كلّ جزء أمر كلّى قابل للانطباق على النّصف من أىّ طرف من الجسم فبالقسمه يميز و يخرج عن الإبهام و الكليّه و يعيّن فى الطّرف الشّرقى أو الغربى و كونها بيعا ملازم لأن يبيع كلّ واحد إضافته بالنّسبه إلى هذا الجزء بإضافته بالنّسبه إلى الجزء الآخر

و بالجمله من التزم بالجوهر الفرد و الجزء الّذى لا يتجزّى فإمّا أن يلتزم بأن كلّ جزء له مالكان حتّى يمكنه تصوير الإشاعه و إمّا أن يلتزم بأن بعض الأجزاء بتمامه ملك لأحد الشّريكين واقعا و بعضه بتمامه ملك للآخر كذلك إلّا أنّه غير متميّز خارجا و أمّا القائل بأنّ الجزء قابل للقسمه إلى ما لا نهايه له فمعنى الإشاعه على مختاره عدم تمييز الكسر المشاع و كونه كليّا قابلا للانطباق على كلّ كسر (١) و كيف كان فلا إشكال فى صحّه بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء على نحو الإشاعه

و أمّا الوجه الثّانى و هو أن يبيع صاعا من الصّيعان أو واحدا من العبدين فالمشهور فيه هو البطلان و استدلّوا له بوجوه أربعه فبعضهم استدل بالجهاله الّتى يبطل معها البيع إجماعا و آخر استدلّ بأنّ الإبهام فى البيع مبطل له و ثالث استدلّ

١- و لا يخفى أنّ الجمع بين ما اخترناه من معنى الإشاعه و هكذا ما اختاره بعض من أنّ لكلّ جزء مالكين على نحو الملك الضّعيف و بين ما اختاره الخاصّه من أنّ القسمه إفراز حقّ أو تعيين حقّ ممتنع لأنّه لو فرضنا عبدين مشتركين بين وارثين فتقسيمهما و جعل أحدهما لأحدهما و الآخر للآخر لا يعقل إلّا بأن يجعل عوض النّصف من هذا العبد النّصف من الآخر أو تبديل الإضافتين الضّعيفتين فيهما بإضافه قويّه فى واحد منهما و هذا يوافق مذهب الجمهور من أنّ القسمه بيع نعم لو اخترنا ما يظهر من صاحب الجواهر من أنّ المراد من إشاعه الشّركه لو لا الإجماع دوران حقّ الشّريك بين مصاديق الكلّى و أن كلّ واحد منهما مالك لجزء خاصّ واقعا فكون القسمه إفراز حق و تميز حق و تعيين حقّ و نحو ذلك من العبارات فى كمال الوضوح و هو اختار هذا المعنى لوجوه يرد على الإشاعه بذلك المعنى الّذى اخترناه و هى عدم إمكانها فى الجزء الّذى لا يتجزّى و فى قسمه الوقف من الطّلق لاستلزامه صيروره بعض أجزاء الوقف طلقا و بعض الطّلق وقفا و غير ذلك من المحاذير الّتى ذكرها فى

كتاب الشّركه إلّا أن يقال لا ينافى ما ذكرناه من معنى الإشاعه مع ما ذكروه فى باب القسمه لأنّ غرضهم فى باب القسمه من أنّها إفراز حقّ أنّها ليست بيعا و لا صلحا و لا غيرهما من أنواع المعاوضات بل هى أمر برأسها لا تجرى فيها أحكام العقود و هذا لا ينافى استلزامها المعاوضه و مرجع القسمه فى الحقيقه إلى إبطال الإشاعه و إحداث نحو آخر من الملك و لتمام الكلام محلّ آخر و على أىّ حال فالالتزام بأنّ فى إرث العبدين كلّ واحد من الوارثين يرث نصف المجموع لا نصف كل واحد منهما كما هو ظاهر صاحب الجواهر خلاف ظاهر كلمات المشهور فى الإشاعه منه عفى عنه

بالغرر و رابع بأنّ الملك صفه وجوديّه محتاجه إلى محلّ تقوم به و لا يخفى أنّ هذه الوجوه لا تجرى فى موضوع واحد فإنّ الثانى و الرابع يجريان على تقدير و الأوّل و الثّالث يجريان على تقدير آخر

و توضيح ذلك أنّ البيع تاره يتعلّق بأحدهما المفهومى و أخرى بأحدهما المصداقى أى تاره متعلّق البيع ليس له واقع بل المبيع قابل لأن يكون هذا العبد أو ذاك و يعبر عنه بالفرد المنتشر و الفرد المردّد و أخرى يكون له واقع معيّن غير معلوم عند المشترى أو البائع أيضا و يعبّر عنه بالنّكره

و بعباره أخرى تاره المبيع نظير متعلّق التّكليف فى قوله جئنى برجل و أخرى من قبيل جاء رجل من أقصى المدينه و هذان المعنيان هما محلّ النزاع فى مورد القرعه فقيل بأنّها تختصّ بما إذا كان له واقع معيّن و مشتبه عند المكلّف كالموطوءه المجهوله فى قطيع الغنم

و قيل بأنّها تجرى فى تعيين المطلقه المجهوله بحسب الواقع و فى تعيين الزائده على الأربع إذا أسلم الكافر و كانت زوجاته زائده عنها فإذا كان المبيع أحدهما المفهومى الّذى ليس له وجود متأصّل و لا منشأ انتزاع أى ليس له ما بحذاء كالجواهر و الأعراض و لا منشأ انتزاع لا من الذّاتيات كالعليّه و المعلوليّه و لا من قيام إحدى المقولات بمحالها كالقبليّه و البعديّه و التقدم و التأخّر بل كان صرف اعتبار و اختراع يجرى فيه الوجه الثّانى من أنّ المبيع مبهم

و لذا منع العلّامه فى التذكره عن بيع أحد العبدين الشاهدين مع كونهما متساويين فى القيمه و يجرى فيه أيضا الوجه الرابع فإنّ البيع لم يتعلّق بمحلّ معيّن و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعىّ صرف من دون أن يكون له منشأ انتزاع صحيح لا من الذاتيّات و لا من قيام أحد الأعراض بمحلّه

و أمّا لو كان أحدهما المعيّن و إن كان مجهولا عند أحدهما أو كليهما فيجرى فيه الوجه الأوّل و الثّالث نظير ما إذا باع أحدهما بعد تلف الباقى هذا و لكنّه يمكن أن يقال إنّ نظر الأصحاب فى هذا الوجه هو خصوص ما إذا لم يكن لمتعلّق البيع واقع معيّن بل باع صاعا أو عبدا مردّدا بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوّره فى المجموع و لا ينافى ذلك استدلالهم على البطلان بالجهاله و الغرر لتخيّلهم جريانهما فى المبهم الغير المعيّن حتى فى الواقع غايه الأمر لنا منع كون الواحد على سبيل البدل مجهولا

و على فرض صدق الجهاله عليه نمنع كون البيع بهذا النّحو من الجهاله باطلا- ثم نمنع كونه غرريّا مع فرض تساوى الأفراد فى الصّفات الموجبه لاختلاف القيمه

و بالجمله عمده الوجوه فيما هو محطّ نظر الأصحاب هو الوجه الثّانى و هو ما إذا لم يكن لمتعلّق البيع واقع معيّن و منشأ بطلانه هو أنّه و إن لم يقم دليل خاصّ على أنّ الإبهام فى البيع مبطل له إلّا أنّ توقّف البيع على وجود محلّ يقوم به لا يمكن إنكاره فإنّ الملكيّه و إن لم تكن أمرا خارجيّا و صفه وجوديّه بل من الاعتباريات إلّا أنّ هذا الأمر الاعتبارى لا بدّ له من محلّ يقوم به فإنّ البيع الّذى هو تبديل طرف الإضافه لا بدّ له من المضاف إليه و أحدهما المردّد الغير المعيّن لا يعتبره العقلاء طرفا للإضافه الملكيّه و لا- يمكن قياس أحدهما المبهم ببيع الكلّى فى الذمّه فإنّه و إن لم يكن موجودا خارجيّا فعلا إلّا أنّ الذمّه أمر وسيع

يعتبره العقلاء ملكا و هـذا بخلاف ما إذا باع أحدهما المردّد فإن المفروض أنّ هذا المفهوم ليس من المفاهيم المتأصّـلة كالرّجل و المرأه أو البياض و السّواد و لا من المفاهيم الانتزاعيّه الّتى لها

منشأ انتزاع خارجىّ كالعلّيّه و المعلوليّه و التقدم و التأخّر فإنّه لو كان كذلك لأمكن أن يتعلّق التّكليف و الوضع به كما يقال جئنى برجل أو تقدّم إلى كذا

و أمّا المفهوم الانتزاعى الصّرف الّذى ليس له وجود خارجىّ و لا منشأ انتزاع صحيح فمقتضى القاعده الأوّليّه عدم تعلّق البيع به لأنّ المفروض أنّه لم يتعلّق البيع بأحد العبدين الموجودين فى الخارج الغير المعلوم عند المشترى أو البائع أو كليهما بل تعلّق بهذا المفهوم الصرف القابل للانطباق على كلّ واحد على البدل و لا يمكن قياسه أيضا بالواجب التّخييرى فإنّه مضافا إلى الإشكال فى تصوير تعلّق التّكليف بأحد الشّيئين على البدل من دون إرجاعه إلى الجامع و من دون جعل الواجب أحدهما و مسقطيّه الآخر عنه أنه قام الدليل على التّخيير كقيام الدّليل على صحّه بيع أحد العبدين على ما ادعاه الشّيخ و إن كان الحقّ عدم دلالته على المدّعى

و لذا قال فى الوسائل بعد ما نقل الرّوايه أقول وجهه بعض علمائنا بوقوع البيع على نصف العبدين و محلّ البحث هو الصّحه بمقتضى القاعده و قد عرفت أنّها تقتضى عدم صحّه تعلّق البيع و لا سائر العقود و الإيقاعات بالأمور الانتزاعيّه الوهميّه لعدم صلاحيّه الكلّى الانتزاعى لقيام البيع و النّكاح و الطّلاق به

و العجب من الشّيخ قدّس سرّه أنّه تعدّى عن البيع إلى الطّلاق أيضا على ما حكى عنه فى مبسوطه فقال بصحّه طلاق إحدى الزّوجتين و استخراجها بالقرعه مع أنّه لم يرد فيه نصّ و بالجمله لو قام دليل تعبّدى على ذلك نقول بصحّته لأنّ للشّارع الحكم بملكيّه أحد العبدين و طلاق إحدى الزّوجتين كحكمه ببينونيّه الزائد على الأربع فيمن أسلم على الزياده و أمّا لو لم يقم دليل خاصّ فالعمومات لا تقتضى صحّتها لأنّ هذه العناوين لا يمكن أن تقوم بالمبهم فلا تندرج فى مسمّى البيع و الطّلاق و النّكاح فلا يمكن الاستدلال لصحّتها بالعمومات و الإطلاقات الوارده فى هذه الأبواب

و حاصل الكلام أنّ الملكيّه و الزّوجيّه و البينونه و نحوها و إن لم تكن من الصّفات الخارجيّه إلّا أنّها فى نظر العقلاء فى حكمها فكما لا يمكن وجود الحموضه فى محلّ مردّد و لا البياض و السّواد فى محلّ مبهم و هكذا سائر الأعراض من الكم و الفعل و الانفعال و الجده فكذلك الجده الاعتباريّه و الزوجيّه و الطّلاق إلّا أن يقوم دليل تعبّدى على ذلك كالإجماع على وقوع العتق على المبهم لأنه يمكن أن يرد من الشّارع أن أثر قوله أعتقت أحد العبدين انعتاق أحدهما فيستخرج بالقرعه أو نحوها من الطّرق المعتبره لتعيين المبهم

ثم إنّ مقتضى ذلك أنّه و لو اتّفق المتبايعان على الترديد لم يصحّ البيع و أمّا لو اختلفا فادّعى المشترى الإشاعه و قال البائع أردت معيّنا أو مبهما فالقول قول مدّعى الصّحه إلّا أن يكون هناك ظهور لفظىّ فى الإبهام فإنّ الأصل العملى لا يعارض الظّواهر اللّفظيّه و لا يبعد أن يكون الظّهور فى مثل العبيد و نحوها من الأمور المتباينه و فى مثل الصّيعان المتفرّقه مع من يدعى البطلان

و أمّا الوجه الثّالث و هو أن يبيع صاعا كليّا فالأقوى صحّته لأنّه و إن أضاف الصّاع إلى الصّبره و لم يجعله كليّا مطلقا إلّا أنّه مع هذا لم يخرج عن الكليّه لأنّه لا فرق بين أن يبيع صاعا فى الذمّه و أن يبيع صاعا من الصبره غايه الفرق أنّ الثّانى يكون من الكلّى

فی المعیّن

و أمّا الفرق بین الکلّی فی المعیّن

و أحدهما المبهم ففى غايه الوضوح فإنّ المبيع فى الثّانى جزئى خارجىّ مردّد بين هذا الفرد و الفرد الآخر و وجه فساده إبهام المبيع لأنّ ما فى الخارج ليس إلّا هذا بخصوصيّته و ذاك بخصوصيّته فكلّ واحد هو هو بنفسه لا مردّدا بينه و بين غيره فأحدهما المردّد مفهوم انتزاعىّ وهمىّ لا من المفاهيم المتأصله و لا منتزعه عن منشإ انتزاع صحيح فلا يصحّ تعلّق البيع به و أمّا المبيع فى الأوّل فهو أمر كلّى و هو طبيعىّ الصّاع غايه الأمر ينحصر مصاديقه فى أفراد تلك الجمله

ففى القسم الثّالث جميع الخصوصيات الفرديّه خارجه عن المبيع و هذا بخلاف القسم الثّانى فإنّه فرد مردّد و لا محيص إلّا عن دخول الخصوصيات فى المبيع إذا كان فردا و بعباره أخرى المبيع تاره نفس الطبيعىّ و أخرى هو الفرد المنتشر فى الجنس و هو يحصل بدخول تنوين التنكير فى الجنس

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا فى طىّ تصوير هذه الوجوه الثّلاثه أنّ هنا وجها آخر و هو بيع أحدهما المعيّن عند البائع المجهول عند المشترى و لا ينبغى الإشكال فى بطلانه و أن حكمه حكم الوجه الثانى و قد ذكرنا أنّ هذا الوجه خارج عن محطّ كلمات الأساطين فى بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء أو مختلفتها فانحصر الوجوه فى ثلاثه بحسب الثّبوت

و أمّا بحسب ظاهر المعامله فلو كانت الجمله كالعبيد المتباينه أو الصيعان المتفرقه فظهور الكلام يقتضى الحمل على الوجه الثّانى لا الحمل على الإشاعه و لا الكلى فى المعيّن فيفسد البيع لأنّ مع تفرّق الأجزاء يمتنع الحمل على الكلّى لأنّ الكلّى هو الّذى لا يمتنع فرض صدقه على كثيرين فيتوقّف صدقه على شى ء على خروج الخصوصيات الفرديّه عن المبيع و مع تفرّق الصّيعان فكلّ صاع لا محاله يشتمل على خصوصيّه و فرض إلغاء الخصوصيّات و جعل المجموع صبره واحده لا يرفع ظهور البيع فى تعلّقه بالفرد المنتشر

و هكذا يمتنع الحمل على الإشاعه لأنّ عنوان المبيع فى المشاع أيضا كلّى لأنّ التّسع أو العشر و نحو ذلك ينطبق على التّسع أو العشر من هذه الصّبره من طرف الشّرق أو الغرب على أحد معانى الكسر المشاع أو ينطبق على كلّ جزء من أجزاء الحنطه الّتى فى هذه الصّبره شرقا أو غربا يمينا و شمالا فوقا و تحتا على المعنى الآخر من الكسر المشاع

و على أىّ حال الكسر المشاع أيضا كلى كالكلّى فى المعيّن بل الصّاع من الصّبره على الإشاعه كلّى من جهتين إذا لم يكن مقدار الصّبره معلوما الأولى قابليّه انطباقه على كلّ كسر و الثّانيه انطباق هذا الكسر على كلّ جهه من الجهات السّت فى الصّبره أو فى الحنطه و أمّا الكلّى فى المعيّن فكلّى من جهه واحده و أمّا لو كانت الجمله مجتمعه فباع صاعا منها فهل ينزل على الإشاعه أو على الفرد المنتشر أو على الكلّى فى المعين وجوه ذكرها المصنف قدّس سرّه فى المتن

و حاصل الوجه الأوّل هو أنّ مقتضى المعنى العرفى أن يكون قوله صاعا إشاره إلى مقدار من الصّبره مقدّرا بصاع فيلاحظ نسبه الصّاع إلى الصّبره و هذا هو الكسر المشاع لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصّبره مشاع فيه و فيه أنّه كما يمكن حمل الصّاع على الإشاعه كذلك يمكن حمله على الكلّى بل ظهوره فى الكلّى هو المتعيّن لأنّ الصّاع اسم الجنس و لحاظ نسبته إلى المجموع يتوقّف على مئونه زائده

و حاصل الوجه الثّانى هو أن تنوين التّنكير يقتضى صرف الطبيعىّ إلى الفرد فمقتضى الوضع اللّغوى هو الفرد المنتشر و فيه أنّ مجرّد دخول التّنوين على الطّبيعى لا يقتضى صرفه إلى الفرد إلّا إذا كان هناك قرينه خارجيّه كقوله

رأيت رجلا بالباب فإنّ التّنوين قد يكون للتمكن و قد يكون للتّنكير فمع ظهور اللّفظ فى الطبيعىّ لا وجه لحمله على الفرد

و حاصل الوجه الثّالث أنّ المتفاهم العرفى من قوله بعت صاعا هو الكلّى الطّبيعى من الصّاع الّذى يتعيّن فى الخارج بأوّل وجود منه و هذا هو الأقوى و عليه يحمل الرّوايه الوارده فى اشتراء عشره آلاف طنّ من القصب

[مسأله لو باع صاعا من صبره]

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّه يتفرّع على المختار من كون المبيع كليّا أمور إلى آخره

لا يخفى أنّه يتوقّف توضيح الثّمرات المترتّبه على الكلّى فى المعين و الإشاعه على بيان الفرق بين الوجهين و قد أشرنا إليه إجمالا و حاصله أنّ الصّاع بناء على الإشاعه و إن كان كليّا أيضا من جهه أو من جهتين إلّا أنّه فرق بين الكلّى فى الإشاعه و الكلّى فى المعيّن و هو أن كليّه الصّاع على الإشاعه عباره عن قابليّه الكسر المبيع لانطباقه على هذا الكسر و ذاك إلّا أنّ الخصوصيّات الخارجيّه داخله فى المبيع فإنّ النّصف من هذه الصّبره القابل لانطباقه على كلّ واحد من النّصفين ملحوظ بمشخّصاته الخارجيّه غايه الأمر حيث إنّ النّصف كلّى فالخصوصيّه أيضا كلّى أى خصوصيّه ما داخله فى المبيع و هذا بخلافه بناء على الكلّى فى المعين فإنّ المبيع نفس الطبيعىّ مجرّدا عن جميع الخصوصيات و هذا لا ينافى استحقاقه لها فى مقام التسلم لأنّه فرق بين أن يكون مالكا للخصوصيّه فعلا و بين استحقاقه لأن يملكها فعلى الإشاعه مالك لها فعلا و أمّا بناء على كون المبيع كليّا فالمشترى لا يملكها فعلا

نعم حيث إنّ التّسليم من الشّرائط الضّمنيه فهو مالك لأن يملكها

إذا عرفت ذلك فمن الثّمرات المترتّبه على الوجهين أنّه بناء على الكلّى فاختيار التّعيين بيد البائع لأنّ المشترى لا يملك إلّا نفس الصّاع دون كونه من هذا الطّرف من الكومه أو من ذاک فحكمه حكم الكلّى فى الذمّه و لا فرق بينهما إلّا من حيث ضيق الدّائره فى الكلّى فى المعيّن و توسعتها فى الكلّى فى الذمّه و هذا بخلافه على الإشاعه فإنّ الخصوصيّه داخله فى المبيع فتعيين إحداها يتوقف على رضا الطّرفين و منها أنّه بناء على الكلّى إذا تلف مجموع الصّبره ما عدا صاع منها يستحقّه المشترى و هذا بخلافه بناء على الإشاعه فإنّ التّالف يحسب عليهما فيجرى فيه حكم تلف بعض المبيع قبل قبضه

و بالجمله حيث إنّ المبيع بناء على الكلّى ينطبق عليه صرف الوجود من الطّبيعى فما دام مقدار حقّ المشترى باقيا فى الصّبره لا موضوع لقاعده تلف المبيع قبل قبضه و أمّا على الإشاعه فالصّبره مشتركه بينهما

ثم إنّه يتفرّع على هذه الثّمره أنّه لو باع البائع ثانيا صاعا آخر من مشتر آخر فبناء على الكلّى لو تلف المجموع ما عدا الصّاع ينطبق الباقى على ملک المشترى الأوّل و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبه إلى صاع المشترى الثّانى لأنّ الصّاع الثانى يسرى كليّه إلى ما عدا الصّاع الأوّل لأنّ الصّاع الأوّل حيث إنّه كلّى فصرف الوجود من الطّبيعىّ مصداق له فينحصر ملک البائع فيما عدا صاع من الصّبره

و أمّا على الإشاعه فالمبيع لا ينحصر فى الصّاع الباقى و لا يسرى البيع الثّانى إلى ما عدا الصّاع بل يسرى إمّا إلى مجموع الصّبره فيصير البيع الثّانى فضوليا بالنّسبه إلى مقدار من حقّ المشترى الأوّل بناء على احتمال تقدّم فى مسأله ما لو باع من له نصف الدار نصفها أو يسرى إلى نصفها الباقى الّذى هو ملكك نفسه بناء على الاحتمال الآخر

و على أىّ حال فحيث إنّ المبيع مشاع تجرى قاعده تلف المبيع قبل

قبضه فى حق كلّ منهما ثم إنه لا ينافى ما ذكرنا من اختصاص الصّاع الباقى بالمشترى الأوّل بناء على الكلّى كون تعيين الصاع للمشترى الثانى قبل تلف المجموع موكولا إلى نظر البائع لأنّ الصّبره إذا بقيت بمقدار حق كلا المشتريين فللمالك تعيين حقّ كلّ منهما فى أىّ صاع أراد و أمّا إذا لم يبق إلّا مقدار حقّ أحد المشتريين فحيث إنّ المشترى الأوّل سابق على الثّانى فى المعامله فهو سابق فى صرف الطبيعىّ إلى نفسه و يزاحم الآخر فى صرف الوجود من الطّبيعى

و بالجمله قياس وقوع المعاملتين على نحو الترتّب على ما إذا وقعتا دفعه مع الفارق لأنّهما إذا وقعتا دفعه فترجيح إحداهما على الأخرى بلا مرجّح و هذا بخلاف ما إذا وقعتا مترتّبه فإن الأوّل بسبقه يجرّ الطّبيعى إلى ملكه و يجعله منطبقا على الصّاع الباقى

ثم إنّه بعد ما اخترنا تبعا للمشهور من أنّه لو باع صاعا من صبره ينزل على الكلّى فى المعيّن دون الكسر المشاع يبقى سؤال الفرق بين هذه المسأله و مسأله ما لو باع ثمره أشجار و استثنى منها أرطالا معلومه فإنّ فى مسأله الاستثناء يظهر منهم أنّهم حملوا الأرطال على الإشاعه و لذا أفتوا بأنّه لو خاست الثمره أو تلف بعضها سقط من المستثنى بحسابه

و لهم فى التفصى عن هذه العويصه وجوه منها أنّ مقتضى ظاهر الكلام فى كلتا المسألتين هو الإشاعه إلّا أنّهم حملوا بيع الصّاع من الصّبره على الكلّى فى المعين للنّص الوارد فى شراء عشره آلاف طنّ من القصب فيبقى مسأله الاستثناء على طبق قاعده الإشاعه و فيه أوّلا أنّ ظاهر الكلام هو الكلّى لا الإشاعه فإنّها متوقّفه على مئونه زائده فى مقام الثّبوت و الإثبات فالإشاعه على خلاف القاعده و ثانيا أنّ النصّ إن استفيد منه قاعده كليه فحكم الاستثناء حكم مسألتنا هذه و مجرّد كون مسأله الاستثناء عكس مسألتنا من حيث إن ملك البائع فيها كلّى بخلاف مسألتنا فإن ملك المشترى فيها كلّى لا يوجب فرقا بينهما و إن استفيد منه التعبّد الصّرف و أنّه على خلاف القاعده يجب الاقتصار على مورده و هو شراء القصب فلا وجه للتعدّى إلى شراء صاع من الصّبره و يبقى سؤال وجه الفرق بين مورد التعدّى و مورد عدمه

و منها أنّ مقتضى ظاهر اللّفظ فى البابين هو الحمل على الكلّى إلّا أنّه قام الإجماع على الحمل على الإشاعه فى باب الاستثناء و فيه أنّ الإجماع ليس بنفسه حجّه بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر و نحن نقطع بعدم استناد المجمعين إلى دليل معتبر

و منها أنّ وجه حمل الصّاع على الكلّى فى المقام و حمله على الإشاعه فى مسأله الاستثناء و نظائرها كالزكاه الّتى يحسب التّالف على المالك و الفقراء هو أنّ فى المقام حيث يجب الإقباض على البائع من باب الشّرط الضّمنى فما دام حق المشترى باقيا فى الصّبره يجب عليه دفعه إلى المشترى و لا وجه لأن يحسب التّالف عليه أيضا و فيه مضافا إلى أنّ كون الزّكاه كالاستثناء فى الإشاعه لا دليل عليه إذ ليس الفقير شريكا مع من عليه الزكاه على نحو الإشاعه بل يتعلّق حق له بماله أنّ وجوب الإقباض على البائع فرع كون المبيع كليّا و أمّا إذا كان على الإشاعه فالتّالف يحسب عليهما و ينفسخ البيع بمقدار حق المشترى و قياس المقام بباب الكلّى فى الذمّه فرع إحراز كون المقام من باب الكلّى فى المعيّن

و منها ما فى مفتاح الكرامه من أنّ فى باب البيع وقع التّلف قبل قبض المشترى المالك للكلّى فيجب على البائع إقباضه من الصّبره و فى الاستثناء وقع التّلف بعد قبض المالك للكلّى و هو البائع فلا وجه لاحتسابه

على مالک المستثنى

و حاصل ما أفاده من الفرق بعد حمل المبيع و المستثنى فى كلا المقامين على الكلّى فى المعيّن أنّ منشأ جعل التّلف على البائع فى بيع الصّاع من الصّبره و عدم جعل التّلف على المشترى فى استثناء الأرطال هو أنّ المشترى فى المسأله الأولى يتلقّى الملک من البائع و أمّا البائع فى مسأله الأرطال فلا يتلقّى المستثنى من المشترى لأنّ الاستثناء ليس معناه أنّ البائع ملّک المشترى جميع ثمره الأشجار ثم تملّک منه المستثنى بل معناه بقاء المستثنى فى ملکه و تمليک ما عداه فإذا كان المشترى فى مسأله بيع الصّاع من الصّبره متلقّيا من البائع و فرضنا أنّه لا يملک إلّا صاعا كليّا مجرّدا عن جميع الخصوصيّات الخارجيّه فما دام مصداق من الكلّى باقيا فى ملک البائع ينطبق على المبيع فلم يتلف حتى يحسب على المشترى فيجب على البائع إقباضه بإقباض المصداق كما فى الكلّى فى الذمّه

و بعباره أخرى المشترى يملک الصّاع فى طول ملک البائع و يتلقّاه منه فإذا بقى من الصّبره مقدار حقّه يجب على البائع إقباضه إياه و أمّا البائع فى مسأله الاستثناء فهو و إن استثنى مقدارا كليّا و لم يعيّنه فى محلّ خاصّ إلّا أنّ المستثنى بقى على ملکه مع خصوصيّاته الخارجيّه و نسبه التّالف إلى كلّ من المستثنى و المستثنى منه على حدّ سواء لأنّ كلّا منهما يملک مقدارا فى عرض الآخر فلا وجه لاحتسابه على المشترى و على هذا فمراده من أنّ التّلف فى مسأله الاستثناء وقع بعد القبض أى بعد ما كان المستثنى مقبوضا فى يد مالكه مع تملّكه خصوصياته الخارجيّه فكونه مقبوضا إنّما هو معلول لكونه مالكا لخصوصيّاته الخارجيّه و دخول الخصوصيات فى المستثنى لا يوجب خروجه عن الكليّه كدخول الخصوصيّات فى الفرد المنتشر فإذا كانت الخصوصيّات داخله فى ملک البائع و كان المستثنى تحت يده فدخول الجميع من المستثنى و المستثنى منه بعد ذلک تحت يد المشترى لا يقتضى أن يكون التّالف على المشترى إلّا إذا فرط و أتلف الجميع حتى يجب عليه قيمه المستثنى أو أتلف ما عدا المستثنى حتى يجب عليه دفع الباقى إلى البائع و أمّا إذا تلف مقدارا منه بتلف سماويّ فلا وجه لأن يكون التالف محسوبا على المشترى مع عدم استحقاق مالک المستثنى الكلى المجرّد عن الخصوصيات و مع عدم تلقّيه المستثنى من المشترى

و العجب من المصنف قدّس سرّه أنه اعترف فى المسأله السّابقه بأنّ المشترى لو قبض المجموع و تلف مقدارا منه يحسب التّالف على كليهما و استشكل فيما أفاده صاحب مفتاح الكرامه بأن قبض البائع فى المقام لا يقتضى أن يكون التّالف عليهما مع أنّ المسألتين من واد واحد فإنّ فى المسأله السّابقه لو كان قبض المجموع موجبا للإشاعه ففى المقام أيضا حيث إنّ المجموع قبل قبض المشترى كان فى يد البائع يلزمه تحقّق الإشاعه و لازمه احتساب التالف عليهما و لو بعد قبض المشترى و لو لم يقتض القبض السّابق على قبض المشترى فى مسأله الاستثناء الإشاعه فلا يقتضيها فى المسأله السّابقه أيضا

نعم لو قلنا بأنّ فى مسأله الاستثناء كون المستثنى و المستثنى منه فى قبض البائع يقتضى الإشاعه فلازمه أمران لا يلتزم بهما الأصحاب الأوّل عدم جواز تصرّف المشترى فى الثّمره إلّا بإذن البائع الثّانى أن يكون التفريط فى البعض كالتفريط فى الكلّى فى وجوب دفع القيمه لا إعطاء المستثنى من الباقى فإنّه لو كان المال مشاعا بينهما فإتلاف البعض يوجب أن يكون ضامنا للقيمه لا إعطاء البقيّه

فالصّواب فى الجواب هو الّذى أشرنا إليه و هو أنّ المبيع فى بيع الصاع

من الصّبره و المستثنى فى مسأله الاستثناء كلّ منهما كلّى و لا وجه للإشاعه أصلا إلّا أن المشترى فى مسأله بيع الصّاع من الصّبره لا يملك إلّا الكلّى المجرّد عن جميع الخصوصيّات فما دام صاع من الصّبره موجودا يستحقّه منها و لا وجه لاحتساب التّالف عليه بمقدار نصيبه منها

و أمّا البائع فى مسأله الاستثناء فهو يملك الكلّى مع الخصوصيّه فاحتساب التّالف على المشترى لا وجه له بل يحسب عليهما و مقتضى استحقاقه الكلّى أن يستحقّ الباقى لو أتلف المشترى مقدارا من الثمره لأن حقّه لم يكن مشاعا فى مال المشترى حتّى يستحقّ القيمه

و على هذا يرتفع إشكال جواز تصرف المشترى فى الثمره بلا رضاء من البائع لأنه لم يكن شريكا معه بعنوان الإشاعه و على فرض حصول الإشاعه بعد العقد من جهه كون الثمره بأجمعها تحت يد البائع فجواز تصرّفه بلا إذن إنّما هو لبناء المتعاقدين نوعا فى هذه المعامله على استقلال المشترى فى التصرّف فكأنه شرط ضمنىّ نشأ من البناء النّوعى

و على أىّ حال هذا الإشكال لا يختص بالإشاعه بل بناء على كون المستثنى كليّا يجرى الإشكال أيضا فإنّه لا وجه لاستقلال المشترى فى التصرّف مع كون المستثنى منه أيضا كليّا بل يجب إمّا الالتزام بعدم جواز تصرف كلّ منهما بلا رضاء الآخر و إمّا الالتزام باستقلال كلّ منهما فيه

و كيف كان فإنّما يحكم فى مورد الإتلاف ببقاء حصّه البائع فى البقيه لا استحقاقه للمثل أو القيمه لأجل أنّ مقتضى البناء المعاملى فى هذه المعامله أن يكون اختيار التصرّف بيد المشترى فكما يجوز له بيع مقدار من الثّمره من ثالث و يسرى المستثنى فى البقيّه فكذلك إذا أتلفه ينصرف قهرا حقه إلى التّالف و يبقى حق البائع فى البقيّه و ذلك لأنّه إذا كان مختارا فى التصرّف فيه بأىّ نحو شاء فتصرّفه يوجب أن يكون ما تصرّف فيه متعيّنا له و بهذا الملاك نقول إنّ اختيار تعيين المستثنى بيد المشترى

و بالجمله مقتضى البناء المعاملى أن يكون مسأله الاستثناء عكس مسأله بيع الصّاع من الصّبره فإن اختيار التّعيين فى تلك المسأله بيد البائع و فى مسأله الاستثناء بيد المشترى و التّالف فى تلك المسأله يحسب على البائع و فى مسأله الاستثناء على كلّ واحد بحسابه و إنّما يشتركان فى مورد الإتلاف فإنّه يتعيّن حقّهما فى كلتا المسألتين فى البقيّه فافهم و اغتنم (۱)

قوله قدّس سرّه قال فى الرّوضه تبعا للمحكىّ عن حواشى الشّهيد إن أقسام بيع الصّبره عشره إلى آخره

لا يخفى أنّه لو كان مقدار الصّبره معلوما فالصّحيح من أقسام بيع الصّبره أربعه و هى بيع جميع الصّبره و بيع جزء معلوم منها كالعشر أو التّسع و نحو ذلك من الكسور و بيع صاع أو صيعان مع العلم باشتمالها على هذا المقدار و بيع الصّبره كلّ صاع بكذا و يبطل فيما إذا باع كل صاع منها بكذا و وجه الصّحه فى الأقسام الأربعه واضح لكون المثمن معيّنا كالثّمن و وجه البطلان فى القسم الخامس عدم العلم بمقدار المبيع لصلاحيّه انطباق قوله كلّ صاع بكذا على الواحد و الزّياده

نعم يظهر ممّا أفاده العلامه

١- لا- يخفى عليك أنّا قد أشرنا إلى أنّ الإشكالين الواردين على الإشاعه يندفعان أيضا بالبناء المعاملى فبناء على ما يظهر من مفتاح الكرامه من حصول الإشاعه بعد المعامله لكون كلّ من المستثنى و المستثنى منه فى قبض البائع لا يرد إشكال عدم جواز تصرف المشترى إلّا بإذن البائع و لا كون المشترى ضامنا للقيمه فى مورد الإتلاف لأنّ استقلال المشترى فى التصرّف إذا كان للبناء المعاملى فلا محاله يكون ما تصرّف فيه مختصّا به قهرا فلا وجه لأن يكون ضامنا للقيمه منه عفى عنه

فی بعض کتبه من صحّه الإجاره لو قال المؤجر آجرتک الدّار کلّ شهر بکذا فی الشهر الأول لتضمّن هذا القول إجاره هذا الشّهر یقینا صحّه البیع فی المقام بالنّسبه إلی صاع واحد

و لکنّ الأقوی البطلان فی کلا المقامین لأن تردّد متعلّق العقد بین الأقلّ و الأکثر یقتضی الجهل به و أمّا لو کان مقدار الصّبره مجهولا فیبطل جمیع أقسام بیع الصّبره إلّا إذا باع مقدارا یعلم باشتمال الصّبره علیه فإنّه لو قال بعتک صاعین منها و علم باشتمال الصّبره علیهما یقینا فلا مانع من صحّته إلّا توهّم أنّ الجهل بنسبه الصّاعین إلیها یوجب الجهل بمقدار المبیع لأنه لا یعلم بأنّه باع أیّ واحد من الکسور و لکنّه فاسد لأنّ المدار فی العلم بالمبیع علی العلم بنفسه لا العلم بنسبته إلی أمر آخر أجنبیّ فکون الجهل بمقدار الصّبره موجبا للجهل بنسبه الصّاعین إلیها لا یضرّ بالمعامله بل قد یقال بالصّحه و لو لم یعلم باشتمال الصّبره علی مقدار المبیع کما هو ظاهر الدّروس و اللّمعه غایه الأمر لو نقصت یتخیّر المشتری بین الفسخ و الإمضاء بنسبه الثّمن

و لکنّک خبیر بأنّ الجهل بوجود المبیع غرر عرفا و لا یرفعه الخیار الّذی هو من أحکام العقد الصّحیح للزوم الدّور فإنّه یتوقّف الخیار علی الصّحه و هی علی عدم الغرر

[إذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیه]

اشاره

قوله قدّس سرّه إذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیه فإن اقتضت العاده تغیّره عن صفاته السّابقه إلی غیرها المجهول عند المتبایعین فلا یصحّ البیع إلی آخره

لا إشکال فی أنّ ما کان قوام مالیّته بالأوصاف الخاصّه بحیث إنّه لو شکّ فی حصولها فیه عدّ البیع معه غرریا لا یصحّ بیعه إلّا مع توصیف المبیع بها و اشتراطها فی متن العقد و نحو ذلک من أنحاء بیع الغائب کإخبار البائع بوجودها فیه

و علی هذا فلو شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد فإذا اقتضت العاده بقاءها علی ما کانت علیه فلا إشکال فی الصّحه و إن انکشف عدمه فی الواقع لأنّ البیع وقع مبنیا علیها و إن اقتضت العاده تغیرها عمّا هی علیها لا یصحّ شراؤها إلّا بذکر هذه الصّفات فی متن العقد أو بإخبار البائع ببقائها لأنّ بهما یرتفع الغرر إنّما الکلام فی اعتبار الاستصحاب فی هذه الصوره و الأقوی عدم اعتباره و إن قلنا بحجیّته حتّی مع الظنّ بالخلاف لأنّ الأثر لم یترتّب علی الواقع بل علی إحراز الصّفات کانت فی الواقع أو لم تکن فإن ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصّفات فاستصحاب بقاء الصّفات لا أثر له

و کیف کان فإذا اشتراها مبنیا علی الصّفات القدیمه فانکشف التغیّر فلو کان موجبا للزیاده فی المالیّه أو لنقص فیها فالأقوی ثبوت الخیار للبائع علی الأوّل و للمشتری علی الثّانی لأنّ تخلّف الوصف بمنزله تخلّف الشّرط إمّا من طرف البائع أو المشتری و مراد المصنف قدّس سرّه من المغبون فی قوله تخیّر المغبون منهما هو المتخلّف شرطه لا من له خیار الغبن المصطلح لأنّه ینشأ عن نقص القیمه السّوقیّه أو زیادتها لا عن الزیاده فی المالیّه أو نقصانها

و كيف كان فالأقوى هو الصّحه مع الخيار و لا وجه لدعوى البطلان كما حكى عن العلّامه فى نهايه الأحكام معلّلا بأنّ ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع لأن تخلّف الوصف بمنزله تخلّف الشّرط و مرجع كلّ واحد منهما إلى الآخر و كما أنّ تخلّف الشّرط لا يوجب البطلان فى حدّ نفسه لأنّ الشّرط ليس قيدا بل التزام فى التزام فكذلك تخلّف الوصف و قياس تخلّف الوصف بتخلّف العنوان قياس مع الفارق لما تقدّم من أنّ العنوان هو ما يقع الثّمن بإزائه و هذا بخلاف الوصف أو الشّرط فإنّ الثمن لا يقع

بإزائه و إنّما هو موجب لزياده قيمه الموصوف أو المشروط

و كـذا لا وجه لـدعوى اللّزوم بلا خيار من باب أنّ الوصف الغير المـذكور فى متن العقـد لا أثر له و إن وقع العقد مبنيا عليه فهو كالشّـروط البنائيّه الّتى تخلّفها لا يقتضـى الخيار لأنه فرق بين هذا الوصف و بين الأوصاف الملحقه بالشّـروط الغير المذكوره فى العقد

و توضـيح ذلک أنّ الشّـروط أو الأوصاف على أقسام أربعه قسم يذكر الوصف أو الشّـرط فى متن العقد و هذا لا إشكال فى أنّ تخلّفه يوجب الخيار و ثلاثه أقسام يقع العقد مبنيا عليها فالأوّل منها ما يدلّ عليه العقد بالدلاله الالتزاميّه باللّازم بالمعنى الأخصّ و هو مـا يكون بنـاء العرف و العـاده نوعا عليه كاشتراط تساوى المالين فى الماليّه و اشتراط عـدم كونهما معيبا و اشتراط التّسـليم و التسـلّم و اشتراط كون المعامله نقديّه و اشتراط كون النّقد نقد البلد و يعبّر عنها بالشّرط الضّمنى و لا إشكال فى أنّ تخلّفها أيضا يوجب الخيار و الثّانى ما يتوقّف صـحّه العقـد عليه كالوصف الّـذى لو لا وجوده لزم الغرر كموضوع البحث فى المقام فإنّه و إن كـان يعتـبر فى كـلّ مورد لخصوصـيّته فيه إلّـا أنّه يـدخل فى كـبرى الالـتزام النّوعى لأـنّه إذا فرض كونه ممّـا يتوقّف عليه صـحّه المعـامله و من الشّـروط الرّاجعه إلى العوضـين و فرضـنا أنّ المتعاقـدين أوقعـا العقـد مبنيـا عليه فلـو لم يكن أولى من الالتزامـات النّوعيّه فلاـ أقـلّ من كونه مساويـا لهـا من حيث دخولها تحت الالتزام فلا ينافى ذلک كونه بناء شخصـيّا من المتعاقـدين لأنه فى حكم البناء النّوعى و يـدخلان تحت جامع واحـد و يفترقان عن القسم الثّالث و هو الوصف الخارجى الّـذى لا يعتبر ملاحظته فى العقـد ككون العبـد كاتبا و نحو ذلک من الـدّواعى الموجبه لإيقاع المعامله لأجلها فإنّها لا أثر لها إلّا إذا ذكرت فى متن العقد و أمّا مجرّد وقوع العقد مبتيّا عليه فلا يوجب تخلّفه الخيار

و بـالجمله لاـ ينبغى الإشـكال فى أنّ مجرّد النيّه فى بـاب العقود و الإيقاعـات لاـ أثر لهـا بـل لاـ بـدّ أن ينشأ المقصود بما هو آله لإيجاده فإذا كان الوصف الّـذى وقع العقـد مبتيّا عليه من الأغراض الشخصـيّه أو من الأوصاف الخارجيّه و لم يـذكر فى العقد لا صريحا و لا ضمنا فوجوده كعدمه

و أمّـا إذا كـان من الأـغراض النوعيّه كـالقسم الأـول أو من الأوصاف الشخصـيّه المتوقّفه صـحّه العقـد عليها كالثّانى فيخرج عن الشّـروط البنائيّه و يـدخل فى الالتزام العقـدى و يكون العقـد آله لإنشائه غايه الأمر لا مدلولا مطابقيا بل التزاميّا نوعيّا أو شخصـيا فتخلّفه يوجب الخيار

ثمّ إنّ الخيار بين الفسـخ و الإمضاء يختصّ بما إذا كان المبيع شخصـيّا و أمّا إذا كان كليا موصوفا و أراد البائع أن يسـلّم مصـداقا منه بلا وصف فللمشترى أيضا الخيار و لكن لا بذلک المعنى بل بمعنى أنّ له إسـقاط الوصف و الرّضا بالفاقد فى مقام التسـلّم و له المطـالبه بـالوصف و أمّـا فسـخ العقـد فلاـ وجه له و الفرق واضـح فـإنّ المبيع إذا كان شخصـيا فليس له فرد آخر حتى يطالب بذلک و أمّا إذا كان كليّا فلا معنى لانتفاء الوصف فيه إلّا إذا فرضنا تعذّر الموصوف لفقد جميع مصاديقه

[فرعان]

[الأوّل لو اختلفا فی التّغییر]

قوله قدّس سرّه فرعان الأوّل لو اختلفا فی التّغییر فادعاه المشتری إلی آخره

لا یخفی أن ضابط تشخیص المدّعی و المنکر هو مطابقه قول المنکر للأصل المعوّل علیه فی المسأله و لو کان الأصل الجاری فی المرتبه الأخیره کالبراءه و الاشتغال فمطابقه قول المنکر للبراءه أیضا کافیه لتمییز المنکر عن المدّعی بلا إشکال و إنّما الإشکال فی تشخیص الصّغری

و أنّ قول أيّ منهما مطابق للأصل و قد ذهب جلّ من الأساطين إلى أنّ القول قول المشترى لوجوه الأول أنّ المشترى هو الّذى ينتزع منه الثّمن و لا ينتزع منه إلّا بإقراره أو ببيّنه تقوم عليه

و بعباره أخرى يده على الثّمن إنّما يكون عن استحقاق و هذا عباره عن أصاله الصّحه فى اليد و أورد عليه المصنف بأنّ التشبّث باليد فى المقام لا ينفع المشترى لاعترافه بتحقّق النّاقل غايه الأمر يدعى سلطنه على الفسخ فيجب عليه الإثبات و بدونه يجب عليه دفعه إلى البائع إلّا أن يقال إنّ وجوب التّسليم فرع عدم ثبوت الخيار له لأن العقد إذا كان خياريا يكون متزلزلا بجميع آثاره و منها التّسليم فكون يده يد أمانه مشكوك لأنّ الشكّ فى ثبوت الخيار له يوجب الشكّ فى سلطنه البائع على أخذ الثّمن و لكنّك خبير بأنّ مجرّد ثبوت الخيار له لا يقتضى استحقاقه حبس الثّمن

و توضيح ذلك أنّ الخيار على أقسام ثلاثه الأوّل الخيار المجعول شرعا إرفاقا لذى الخيار و نظره له فى المعامله كخيار المجلس و الحيوان و يلحقه الخيار المشروط مدّه لأحد المتعاقدين أو لكليهما

و هذا هو الّذى قصده العلّامه من قوله فى التذكره لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثّمن فى زمن الخيار و المصنف فى أحكام الخيار و إن أورد عليه بقوله إنّى لا أجد لهذا الحكم وجها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرّض لوجهه إلّا أنّه يظهر منه فى خيار المجلس كون الحكم مفروغا عنه فقال ما حاصله أنّه لو قلنا بوجوب التّقابض فى عقد الصرف و السّلم فثمره الخيار واضح و هى عدم وجود التّقابض

و كيف كان فمقتضى القواعد عدم وجوب التّسليم على ذى الخيار فى الخيارات الزّمانيّه لأنّه إذا كان الالتزام العقدى متزلزلا بحكم الشّارع أو بجعل المتعاقدين فجميع آثار النّقل تحت سلطنه ذى الخيار الثّانى الخيار النّاشى عن تخلّف الشّرط الضّمنى كخيار الغبن و العيب و يلحق بهما خيار تخلّف الوصف المشترط فى المبيع الثّالث الخيار النّاشى عن تغيير المبيع عن أوصافه المرئيّه سابقا و هو المبحوث عنه فى المقام الّذى قلنا بأنّه لو انكشف التغيير تخيّر المغبون منهما و الحق فى القسمين الأخيرين عدم ثبوت حقّ الحبس لذى الخيار فضلا عمّا إذا شكّ فى أصل الخيار كما لو اختلفا فى التغيير فقال المشترى اشتريت الغنم حال كونه سمينا و قال البائع اشتريته مع هذه الحاله الّتى هى عليها فعلا و ذلك لأنّ فى القسم الأوّل حيث إنّ ما تعلّق به العقد قد وصل إلى ذى الخيار فحقيقه الخيار فيه عباره عن كون أمر العقد بيد ذى الخيار فجميع آثاره تحت تصرّفه و منها التّسليم و التسلّم و هذا بخلاف الأخيرين فإن حقيقه الخيار فيهما عباره عن ثبوت حق استرداد ما لم يصل إلى ذى الخيار عوضه فالخيار ابتداء لا يرجع إلى العقد بل ثانيا فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على أدلّه سلطنه النّاس على أموالهم فيجب على المشترى تسليم الثّمن و إن جاز له استرداده بعده

و بعباره أخرى الخيار فى هذين القسمين معناه أنّ صاحب الخيار له أن يمضى العقد أى يلتزم به فعلا و أن يفسخه فمع عدم فسخه ليس له حبس مال غيره و هذا بخلاف المجعول له إرفاقا إمّا بجعل شرعى أو بجعل منهما فإنّ حقّ النّظر فى العقد يقتضى عدم كونه ملزما بآثاره الوجه الثانى ما استدلّ به العلّامه فى التذكره و هو أنّ البائع يدّعى علم المشترى بهذا الوصف الموجود و الرضاء به و المشترى ينكره

و أجاب عنه المصنف أولا بأنّه يمكن جعل المشترى مدّعيا و البائع منكرا لأنّ الأصل عدم علم المشترى بالوصف الآخر الّذى يدّعيه حتى يثبت

له الخيار و ثانيا أنّ علمه به أو بغيره مسبّب عن وجود هذا الوصف فيه سابقا و عدمه فمع الأصل السببى لا- تصل النّوبه إلى الأصل المسبّبى و الأصل السّببى مع البائع و هو أصاله عدم تغيّر المبيع عمّا رآه سابقا

لا- يقال إنّ أصاله عدم علم المشترى بوصف آخر غير هذا الوصف الموجود لا أثر له فلا تعارض بينها و بين أصاله عدم علمه بهذا الوصف الموجود و ذلك لأنّ دعوى البائع فى المقام هى تعلّق العلم بالوصف الموجود الّذى أثره اللّزوم و المشترى ينكر ذلك و يدّعى عدم اللّزوم لأصاله عدم تعلّق علمه هذا الوصف الموجود و هذا الأصل و إن لم يكن بنفسه ذا أثر شرعا لأنّ الخيار لم يجعل فى دليل من أثر هذا الأصل إلّا أنّه يجرى بلحاظ رفع موضوع نقيضه الّذى له الأثر فيرفع به اللّزوم و هذا بخلاف أصاله عدم علمه بوصف آخر فإنّه لا أثر له أصلا إلّا إثبات ضدّه و هو علمه بالموجود الّذى أثره اللّزوم و هو مثبت

فإنّه يقال فى دفعه إنّ المشترى يدّعى علمه بالوصف المفقود الّذى أثره الخيار فأصاله عدم علمه به يرفع موضوع نقيضه فلا إشكال فى التّعارض إلّا أنّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من السّببيّه و المسببيّه لا يستقيم لأنّه ليس بين العلم و المعلوم سببيّه و مسببيّه بل لو لا- تمسّك العلّامه بهذا الوجه لم يكن ذكر العلم فى المقام مناسبا للأعلام فإنّ عمده النزاع هو فى تعلّق البيع بالوصف الموجود أو بوصف آخر مفقود و يتعارض أصاله عدم تعلّقه بالموجود مع أصاله عدم تعلّقه بالمفقود فتأمل

الوجه الثّالث ما استدلّ به المحقّق الثّانى من أنّ الأصل عدم وصول حقّه إليه و لا يخفى أنّ مرجع هذه الوجوه الثّلاثه إلى مطابقه قول المشترى لأصاله البراءه لأنّ استصحاب عدم التّغيير لو لم يفد للبائع فليس هناك أصل حاكم على أصاله البراءه و هذه التّعبيرات المختلفه من الأعلام إنّما هى لبيان أنه لا أصل للبائع لا لإثبات الخيار باستصحاب عدم وصول حقّه إليه حتى يقال إنّه مثبت

فجواب المصنف عن الوجه الثّالث بأن حقّ المشترى من نفس العين قد وصل إليه قطعا و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت لا يفيد إلّا إذا جرى أصاله عدم التّغيير أو أصاله اللّزوم و الحق عدم جريانهما أما الأوّل فلأن استصحاب عدم التّغيير لا- أثر له شرعا فهو كاستصحاب عدم وصول حقّ المشترى إليه بل الموضوع للأثر هو تعلّق البيع بالوصف الموجود أو بغيره حتّى يثبت اللّزوم على الأوّل و الخيار على الثّانى و الاستصحابان بالنّسبه إليهما مثبتان و أمّا الثّانى فتوضيحه يتوقّف على ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى مبنى المسأله و حاصله أنّ كون الأصل مع البائع أو المشترى مبنىّ على أن يكون الوصف الملحوظ فى العين المرئيّه من قبيل الشّروط الخارجيّه حتى يكون النّزاع فى مفاد كان أو ليس النّاقصتين و أن يكون من قبيل القيد فى المبيع حتى يكون النزاع فى مفاد كان و ليس التامّتين

فعلى الأوّل الأصل مع البائع للشكّ فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه فيستصحب عدمه فهو نظير الشكّ فى اشتراط خياطه ثوب المشترى فى ضمن البيع على البائع و عدمه و معلوم أنّ الشّرط و البيع كلاهما مسبوقان بالعدم و قد وجد البيع يقينا و شكّ فى الشّرط

و على الثّانى فالأصل مع المشترى لأنّ مرجع النّزاع إلى وقوع العقد على الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و الأصل

عـدم وقوعه عليه و معارضـته بأصاله عـدم وقوعه على الوصف المفقود مدفوعه بأنّه لا أثر لهذا الأصل إلّا إثبات ضدّه و هو وقوع العقد على الوصف الموجود

و هـذا أثر عقلى لأن الشّارع لم يجعل من أحكام عـدم وقوع العقد على الوصف المفقود اللّزوم و الأقوى كونه من قبيل الشّـروط من حيث الخيار أى التزام فى التزام

و أما من حيث واقع البناء فهو قيـد ملحوظ فى العقد لأن البيع يقع على الشّاه السّـمينه لا الشاه بشـرط كونها سـمينه فإذا وقع العقد على الشّى ء المقيّـد فالأصل مع المشترى إذا عرفت ذلك ظهر لک ما فى دعوى أصاله اللّزوم فى العقـد فإنّ الشکّ فى اللّزوم و الجواز مسبّب عن الشکّ فى متعلّق العقد فإذا جرى أصاله عدم تعلّق العقد بهذا الوصف الموجود يرتفع اللّزوم و ظهر أيضا أنّه لا يعارض هـذا الأصل أصاله عـدم تعلّق العقـد بالوصف المفقود لأنّه لا أثر له نعم لو جرى أصاله عـدم تقييـد العقد بهذا الوصـف المفقود لكان مفيدا لرفع الخيار و لكنّه ليس له حاله سابقه لأنّ العقد حين وقوعه إمّا مقيّد به أو بضدّه

و بعبـاره أخرى العـدم النّعتى ليس له حـاله سابقه و العـدم المحمولى من طرف البائع لا أثر له فالمقام نظير الـدّم المشـكوک أنّه حيض أو استحاضه ثم إنّه لا يمكن التمسّک لطرف البائع بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لأنّ الشّبهه مصـداقيّه و لا بقوله عزّ من قائل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ لأنّ الشکّ ليس فى صحّه البيع و فساده بل فى كونه خياريّا أم لا

و بـالجمله العقود الخياريّه الزمانيّه سواء كان جعل الخيار فيها من الشّارع أو المتعاقـدين خارجه عن العمومات الـدالّه على اللّزوم بالتّخصـيص و غير الزّمـانيه خـارجه بالتخصّـص لأـنّ الاـلتزام العقـدى مقيّـد بما عـدا مورد الخيار مع الشّبهه الموضوعيّه لا يجوز التمسّک بها

و كـذا لا يمكن التمسّک بالأدلّه الـدالّه على حرمه التصـرّف فى مال الغير مثل قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ع لاـ يحلّ مال امرئ مسـلم و قوله ع النّاس مسـلّطون على أموالهم و نحو ذلک للعلم بتخصيصـها بالمال الّذى لم يدفع عوضه إلى طرفه فإذا شکّ فى دفعه إليه فالأصل عدمه

نعم لو كـان التّخصـيص بـأمر وجوديّ و هو وقوع المعـامله على مـا لاـ يطـابق المـدفوع فالأصـل مع البـائع و لكنّه حيث إنّ الأـمر بالعكس لأنّ منشأ خيار المشترى عـدم وصول حقّه إليه الّذى هو عباره عن عدم دفع البائع العوض الّذى وقع العقد عليه فالأصـل مع المشترى

و حاصـل الكلاـم أنّ الأصول المفيـده للبائع إمّا أن لا يكون لها حاله سابقه و إمّا أن لا يترتّب عليها أثر شـرعى فمن الأوّل أصاله عدم تقييد متعلّق العقد بما يدّعيه المشترى الموجب للخيار و من الثّانى أصاله عدم وقوع العقد على الموصوف بالوصف المفقود و أصاله عـدم تغيير المبيع أمّا الأوّل فلما ظهر من أن نفس عـدم وقوع العقـد على المفقود لا يثبت اللّزوم إلّا من باب العلم بوقوع عقـد مردّد بين تعلّقه بالموجود أو المفقود فيثبت بعـدم تعلّقه بالمفقود تعلّقه بالموجود الّذى أثره اللّزوم و رفع الخيار و أمّا الثّانى فمضافا إلى أنّه قـد لا يكون للتغيّر حاله سابقه كما فى الأوصاف المقارنه لوجود الموصوف و قـد يكون التّغيير معلوما كما ذكره المصنّف قدّس سرّه أن مجرّد عدم تغيير المبيع أيضا لا يثبت اللّزوم بل اللّزوم مترتب على تعلّق العقد بالوصف الموجود و أصاله عدم التّغيير بالنّسبه إلى ماله الأثر مثبت

قوله قدّس سرّه و لم يعلم وجهه إلى آخره

لا يخفى أنّه و إن كان مقتضى الأصول الّتى ذكرنا أنّها فى طرف المشترى فى دعوى النّقص هو مطابقه قول البائع للأصل إذا كان مدّعيا للزياده الموجبه لتضرّره إلّا

أنّ الغالب أنّه يقدم على البيع كائنا ما كان و لا ينظر إلى الوصف الزائد على ما رآه المشترى سابقا

و على هـذا فلا مانع من الأخذ بإطلاق ظاهر كلام الشّـهيد فى اللّمعه من قوله و لو اختلفا فى التغيّر قدم قول المشترى بيمينه حتى فيما إذا ادّعى البائع تغيّره فى جانب الزياده و أنكر المشترى و لا وجه لما أفاده الشّهيد الثّانى من أن الظّاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر فى المشترى و فى تقديم قول المشترى فى كلتا صورتى النّقيصه و الزياده جمع بين متنافيين مدّعى و دليلا إلى آخره

نعم ينافى ما ذكرناه من أنّ البائع يقدم على بيع المبيع مطلقا قوله بعد ذلك فإن ظهرت المخالفه تخيّر المغبون منهما

[الثّانى لو اتّفقا على التّغيير و اختلفا فى تقدم التّغيير على البيع]

قوله قـدّس سـرّه الثّانى لو اتّفقا على التّغيير بعـد المشاهده و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا فى تقدم التّغيير على البيع ليثبت الخيار و تأخّره عنه إلى آخره

لا يخفى أنّه و إن اختلف هـذا الفرع و الفرع الأوّل فى كيفيّه الدعوى إلّا أنّه فى النّتيجه لا فرق بينهما فإن أصاله عدم وصول حق المشترى إليه تقتضـى تقـديم قوله مطلقـا ثم إنّه لا بـدّ أن يكون دعوى البائع فى هـذا الفرع وقوع التّغيير بعـد قبض المشترى لأنّ تلف الوصف قبل قبضه ضمانه عليه لا على المشترى غايه الأمر نتيجه كون تلفه عليه هى تخيّر المشترى بين الفسخ و الإمضاء (۱)

و بالجمله لو اتّفقا على أنّ الغنم حال المشاهده كان سـمينا و أنّ العقد وقع على الوصف الشاهد و أنّه بعد المشاهده صار مهزولا إلّا أنّ البائع يـدّعى تحقّق الهزال بعـد قبض المشترى و المشترى يدّعى تحقّقه قبل العقد أو قبل القبض فالقول قول المشترى كما لو اختلفا فى أصل التغيّر فادّعى البائع أنّ الغنم حال المشاهـده كان مهزولا و وقع العقـد على الوصف المشاهـد و ادّعى المشترى بأنّه كان سمينا و وقع العقد عليه لأنّ فى الفرع الثّانى أيضا تسقط الأصول السّببيّه سواء كان كلّ من التغيّر و العقد مجهول التّاريخ أو كان أحدهما معلوما

غـايه الأـمر أنّه فى صوره كونهمـا مجهولى التاريـخ لاـ يجرى الأصـلان من جهتين الأولى تعارضـهما و الثّانيه كونهما مثبتين فإنّ أصاله عدم وقوع الهزال و بقاء السّـمن إلى زمان القبض لا يثبت وصول السّـمين إلى المشترى الّذى يترتّب عليه اللّزوم شرعا كما أنّ أصاله عدم وقوع البيع أو القبض إلى زمان الهزال لا يثبت وقوع العقد أو القبض على المهزول الّذى يترتب عليه الجواز شرعا

و أمّا فى صوره الجهل بتاريـخ أحـدهما فلا يعارض المعلوم المجهول إلّا أنّه لا أثر لأصاله تأخّر المجهول عن المعلوم و على هذا فلاـ حـاكم على أصـاله عـدم وصول الحقّ إلى المشترى فى كلاـ الفرعين سواء كـان الشـكّ فى أصل الحقّ كما فى الفرع الأوّل الّذى مرجعه إلى الشكّ فى اسـتحقاقه ما وصل إليه أو كان الشكّ فى وصول الحقّ المعلوم كما فى الفرع الثّانى ثم إنّه يظهر ممّا ذكرنا حكم ما إذا ادّعى البائع الزياده قبل البيع و ادّعى المشترى تأخّرها عنه من أنّ القول قول البائع إلّا على ما احتملناه سابقا من إقدام البائع على البيع كيفما كان المبيع فتأمل

١- نعم بناء على أنّ تلف الوصف بعد العقد ليس حكمه حكم تلف المبيع و تلف جزئه فى كون ضمانه على البائع فيكفى للبائع دعوى التّغيير بعد العقد و لو قبل القبض و لا يبعد أن يكون وجه نظر المصنف فى جعل التّعارض بين أصاله عدم تقدم البيع و أصاله عدم تقدم التغيّر لا بين أصاله عدم تقدّم القبض و أصاله عدم تقدّم التغيّر هو الخلاف فى كون ضمان تلف الوصف على البائع قبل القبض منه عفى عنه

قوله قدّس سرّه و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التّخليه إلى آخره

إنّما قيد وجدانه المبيع تالفا بما بعد القبض لأنّه لو كان تالفا قبل القبض فهو أيضا على البائع كما أنّه لو تلف فى زمان خيار المشترى فى الخيارات الزّمانيّه فهو على البائع و لو بعد القبض و على هذا فيعتبر فى تصوير النّزاع بينهما أن يكون القبض مفروغا عنه إمّا لكفايه التّخليه فيه كما فى غير المنقول و إمّا لتحقّق القبض سابقا قبل البيع كالمنقول الّذى كان فى يد المشترى أمانه فباعه البائع منه و ادّعى المشترى تلفه قبل البيع و ادّعى البائع تلفه بعده

و بالجمله لو وجد المبيع تالفا فحيث إنّ الأصل الموضوعى الجارى لكلّ واحد منهما مع كونه مثبتا معارض بالمثل فى مجهولى التّاريخ و الجارى لأحدهما فى ما إذا كان إحدى الحالتين بالخصوص مجهوله مثبت فيشكّ فى تأثير البيع و تصل النّوبه إلى الأصل الحكميّ و هو بقاء الثّمن فى ملك المشترى و توهّم حكومه أصاله الصّحه على الاستصحاب الحكمى فاسد لأن أصاله الصحّه لا تجرى فى الشكّ فى أركان البيع فضلا عن الشكّ فى أصله فإنّها تجرى فى مورد دوران الأمر بين الصّحه و الفساد الرّاجعين إلى فعل المتعاقدين لا فى دورانه بين الصّحه و اللّغويّه كما فى المقام و نظائره كالشكّ فى رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع قبل بيع الراهن أو بعده فإنّه لا معنى لأصاله صحّه رجوعه و الحكم بأنّه وقع قبل البيع

و بالجمله قد أوضحنا فى الأصول أنّ المتيقّن من قاعده الصّحه هو الشكّ فى الصّحه و الفساد النّاشيين عن إقدام العاقد على بيع ما يجتمع فيه شرائط البيع شرعا و عدمه و أمّا مصادفه العقد لما هو معتبر شرعا و عدمها فلا تجرى فيها القاعده فضلا عن الشكّ فى مصادفته لما هو معتبر عقلا أو عرفا و عدمها

فعلى هذا لو سلّمنا جريانها عند الشكّ فى البيع بلا ثمن و الشكّ فى بيع الخمر و الخنزير أو بيع الخلّ و الشّاه إلّا أنّها لا تجرى فى الشكّ فى وجود المبيع و عدمه لأنّه يرجع إلى الشكّ فى الصحّه و اللغويّه و أصاله الصحّه ليس مفادها أنّ العاقل لا يصادف عمله مع اللّغو بل معناها أنّ العاقل لا يقدم عمدا على اللّغو و العبث لأنه يقبح صدوره منه مع علمه بقبحه

ثمّ إن فى بعض هذه الأمثله يمكن دعوى عدم صحّته عقلا و عرفا أيضا كالبيع بلا ثمن فإنّه ليس تبديلا لطرف إضافه بطرف إضافه أخرى و قد تقدم الأقوال فى هذه المسأله و فى بعض منها يمكن دعوى صحّته شرعا أيضا كبيع ما أتلفه زيد على عمرو فضلا عن الصّلح عليه بناء على ما تقدم من أنّ التّالف يبقى فى ذمّه المتلف و لا يتبدّل إلى المثل أو القيمه بمجرّد التّلف و على هذا يصحّ بيعه أو الصّلح عليه بما شاء من العوض و لا يلزم الرّبا و هذا بخلاف ما إذا انتقل إلى القيمه فإنّ المعاوضه بينهما و بين النقدين لا تصحّ إلّا إذا كانا متساويين

نعم بناء على عدم جريان الرّبا فى الصّلح يصحّ جعل كلّ مقدار عوضا عنها

[مسأله لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه]

قوله قدّس سرّه لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه إلى آخره

لا إشكال فى أنّه بعد ما ثبت عدم جواز بيع المجهول إمّا للإجماع المحصّل أو المنقول أو لحديث نفى الغرر أو للأخبار المحكيّه عن مستدرك الوسائل فمقتضى القاعده عدم كفايه ضمّ المعلوم إليه و هو المشهور بين العلماء و قيل إنّ المشهور بين القدماء هو الصحّه و قيل بالتّفصيل بين ما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضما إلى المعلوم و بين ما إذا كان تابعا فيبطل على الأوّل و يصحّ على الثّانى و الحقّ هو التّفصيل و لكنّه على بعض الوجوه

لا مطلقا

و توضیح ذلک أنّهم اختلفوا فی معنی التّابع فی المقام فیظهر من العلّامه فی القواعد و التّذکره أنّ التّابع ما أخذ شرطا فی المبیع فی مقابل ما جعل جزءا منه و بناء علیه فلا فرق فی الصّحه بین أن یکون الشّرط أصلا فی الغرض أو تابعا کما لا فرق فی البطلان علی الجزئیّه بین الصّورتین لأنّه جعل المدار فی الصّحه و البطلان علی التبعیّه و الأصاله فی العقد و إن کانتا متعاکستین فی الغرض النّوعی أو غرض شخص المتعاقدین

و یرد علیه ما أورد علیه المحقّق الثّانی من أنّ هذا الفرق لیس بشی ء لأنّ العباره لا أثر لها و یظهر من الشّهیدین و المحقّق الثانی أنّ المراد من التّابع هو ما یعدّ فی العرف تابعا کمفتاح الدار و حمل الأم و البیض الّذی فی جوف الدّجاجه و اللّبن فی الضّرع و نحو ذلک مما لا یبعد دعوی الدلاله الالتزامیّه بدخوله فی المبیع لو لا شرط خروجه

و علی هذا أیضا لا نظر إلی الغرض الشّخصی و لا النّوعی فإنّ الحمل فی بعض أفراد الخیل لعلّه الأصل بالنّسبه إلی الغرض الشّخصی بل النّوعی و لکنّه بالنّسبه إلی الدلاله الالتزامیّه تابع

و یظهر من العلّامه فی المختلف أنّ المراد من التّابع ما یکون تابعا بالنّسبه إلی الغرض من المعامله سواء کان غرضا نوعیا أو شخصیّا و یظهر من المحقّق القمّی و صاحب الجواهر أنّ المراد من التّابع هو التبعیّه فی الجعل و التّبانی بمعنی أنّ المبیع و لو کان فی الواقع هو المجهول و لکن للتخلّص عن الغرر یجعل تبعا للمعلوم کما فی مورد التخلّص عن الرّبا فی البیع الخیاری فی کثیر من المعاملات فإنّ التّبانی و الجعل علی البیع و المقصود هو الرّبا و هکذا ما یستعمله بعض النّاس فی التخلّص عن المخاصمه بإیقاع العقد علی ما هو ماله یقینا و جعل ما لا یخلو عن مدّع تبعا

و الأقوی هو الوجه الثّانی بل الأوّل أیضا فإنّ المجهول لو کان تابعا للمبیع أو جعل شرطا لا یضرّ جهالته لأنّ ما وقع فی عقد المعاوضه مبیعا لیس مجهولا و ما هو مجهول لم یقع علیه العقد و ما أوردنا علی الوجه الأوّل تبعا للمحقّق الثّانی غیر وارد لأنّ الجزء یسقط علیه الثّمن فإذا کان مجهولا یفسد البیع و هذا بخلاف الشّرط فإنّ الثّمن یقع بإزاء المشروط و هو معلوم

ثم بعد ما عرفت ما هو المقتضی القواعد الکلیّه فلو دلّت الرّوایات الوارده فی المقام علی خلافها فلا بدّ من الاقتصار علی موردها و لا یمکن التعدّی عنه إلی غیره لعدم استفاده القاعده الکلیّه منها بحیث تدلّ علی أنّ المجهول یصحّ بیعه منضمّا إلی المعلوم مطلقا أصلیا کان أو تبعیا جعل جزءا أو شرطا

[مسأله یجوز أن یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه]

قوله قدّس سرّه مسأله یجوز أن یندر لظرف ما یوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزّیاده و النّقیصه علی المشهور إلی آخره

لا یخفی أنّ موضوع هذه المسأله غیر موضوع المسأله الآتیه و هی بیع المظروف مع ظرفه فإنّ هذه المسأله عباره عن بیع الظروف

دون ظرفه و لذا يتفرّع عليه مسأله إندار الظّرف

ثم إنّ الإندار المفروض فى المقام تاره يلاحظ قبل رتبه البيع و أخرى بعدها و المصنف قدّس سرّه استظهر من عبارات القوم أن مفروض كلامهم هو الثّانى و لكن الحق أنّ عبارتهم و لو لم تكن ظاهره فى الأوّل إلّا أنّها قابله للحمل عليه مع أنّ صحّه الصوره الثّانيه لا تخلو عن إشكال فإنّه إذا وزن الظّرف و المظروف و بيع المظروف قبل الإندار ثم أندر للظرف بعد البيع يكون المبيع مجهولا و لا يصحّحه كون هذا العمل متعارفا عند التجار

و إن تحقّق التّراضى من المتبايعين أيضا و إلّا لصحّ بيع كلّ موزون بلا وزن مع تراضيهما

و بالجمله عنوان هـذه المسأله فى كلمات الأساطين إنّما هو لاستثناء بيع الموزون الـذى لم يعلم وزنه تحقيقا و إنّما علم تخمينا و تقريبا فصورته أن يوزن الظّرف بما فيه ثم ينـدر مقـدار للظّرف مع جريان عاده التّجار على الإنـدار و مع تراضـى المتبايعين على المقدار ثم يباع المبيع فالإندار يوجب تعيين المبيع و الثّمن كليهما و ليس مخصوصا لتعيين ما يستحقّه البائع من الثّمن

ثم إنّ المقـدار المنـدر تـاره لاـ يحتمـل الزيـاده و النّقيصه إلّا بمقـدار يتسامـح فيه و أخرى يعلم الزياده و النّقيصه و ثالثه يحتمل كلاهما و على جميع التّقادير يصحّ البيع مع التعارف و التراضـى غايه الأمر فى مورد العلم بزيادته على المقدار أو نقيصته يتضمّن البيع هبه من أحدهما بل مقتضى ما ذكرناه من أنّ المدار على التّعارف و الرضاء بما يتعارف هو صحّه الإندار فيما يباع بلا ظرف كما هو المتعارف فى بيع المخضرّات فيباع منّ من البطّيخ و نحوه و يندر مقدار منه و يسمّى بالتّرك

و قـد يتّفق أنّه بعـد وزن مقـدار خاصّ يوضع مقدار من الرقى أو البطّيخ فوق الموزون لأنّ هذا مرجعه إلى هبه ذلك المقدار فلا يضرّ زيادته و كيف كان ففيما يوزن مع ظرفه و يباع المظروف فالجهل بمقـداره لا يضـرّ بصـحّه المعامله و على ما ذكرنا يصـحّ الإنـدار سـواء بـاع المظروف جمله بكـذا أو بـاعه كـلّ رطـل بـدرهم فـإنه بعـد مـا وزن المجمـوع و ترك للظرف مقـدارا و بـاع المظروف فسواء باعه جمله بعشره دراهم أو باعه كلّ رطل بدرهم فقد لوحظ المبيع فى الرّتبه المتأخّره عن الإندار

ثم لا يخفى أن

قوله قدّس سرّه بأن يقول بعتكه كل رطل بدرهم

هو القسم الصّـحيح من أقسـام العشـره من بيع الصّبره و هو بيع الجمله كـلّ قفيز بـدرهم لاـ القسم الباطـل و هو بيع كـل قفيز منها بـدرهم و على هـذا فالمبيع فى الحقيقه مجموع ما فى الظرف سواء قيل بعتكه بكـذا أو بعتكه كلّ رطل بكـذا ففى كلا القسـمين بالإندار يتعيّن المبيع و ما يستحقّه البائع من الثّمن

فقوله قـدّس سـرّه و قـد علم ممّا ذكرنا أنّ الإنـدار الّذى هو عباره عن تخمين الظّرف الخارج عن المبيع بوزن إنّما هو لتعيين حق البائع و ليس حقّا للمشترى إلى آخره

لا يستقيم لما عرفت أنّ بالإندار يتعيّن كلا الحقّين

و العجب أنّه قدّس سـرّه اسـتظهر من عباره فخر المحقّقين أنّه جعل عنوان البحث هو الوجه الثّانى مع أنّها لو لم تكن صـريحه فى أنّ الإندار فى رتبه قبل البيع فلا أقل من ظهورها فيه و لعلّ أمره قدّس سرّه بالتأمّل يرجع إلى ذلك

و كيف كـان فـالمتيقّن من الصّـحه هو ما اعتاد الإنـدار فيه بين التّجار و تحقّق رضاء المتبايعين بالمقـدار لأنّه ليس فى البين دليل يدلّ بإطلاقه على صحّته من دون تراض منهما

أمّا روايه علىّ بن أبى حمزه و روايه علىّ بن جعفر فصريحتان فى اعتبار التراضى فلم يبق إلّا موثقه حنان و هى أيضا ظاهره فى كون المورد مورد الرّضا لقوله يحسب لنا النّقصان لمكان الزقاق فإنّ الحاسب و المحسوب له مختاران فى إندار المقدار فمفروض السّؤال هو مورد التراضى مع أنّها على فرض إطلاقها تقيّد بالرّوايتين الصّريحتين فى اعتبار التراضى منهما

ثم إنّ المصنف قدّس سرّه استظهر من الرّوايات النقصان و الزياده الفعليّتين فوقع فى محذور توجيهها مع أنّ الظّاهر منها هو احتمالهما ثم لا يخفى أنّ بعد دلاله الأخبار على صحّه إندار ما يحتمل الزياده و النّقيصه لا وقع للتمسّک لصحّته بأصاله عدم زياده

المبیع علیه و عدم استحقاق البائع أزید ممّا یعطیه المشتری من الثّمن فإنّ الأصل حجّه حیث لا دلیل

هذا مع أنّه بمفاد لیس التامّه و إن کان صحیحا إلّا أنّه لا أثر له و بمفاد لیس النّاقصه لیست له حاله سابقه و إجراء العدم المحمولی لترتیب آثار النعتی مثبت و علی هذا فلا یدور صحّه الإندار مدار مطابقته للواقع بل یصحّ مطلقا زاد أو نقص نعم هذا فیما إذا لم یعلم بالزیاده و أمّا لو علم فیحتاج إلی رضاء جدید غیر الرضا بأصل الإندار و إلّا فلا یجوز کما هو ظاهر ما یستفاد من الرّوایه الأخیره فإن قوله ع لا بأس فی ذیل الرّوایه و هی ربما یشتری الطّعام من أهل السّفینه ثم یکیله فیزید قال ع ربما نقص قلت و ربما نقص قال فإذا نقص ردّوا علیکم قلت لا قال لا بأس ظاهر فی أنّه إذا زاد دائما ففیه بأس أو یکره کما هو ظاهر موثقه حنّان من قوله ع و إن کان یزید و لا ینقص فلا تقربه فإنّ النّهی عن التقریب إلی الزیاده ظاهر فی الکراهه

و کیف کان ففی موضوع البحث و هو احتمال الزیاده و النّقصان لا أثر لانکشاف الخلاف فإن من هذه الأخبار یستفاد أمران الأوّل صحّه بیع المجهول فی هذا القسم المتعارف بین التّجار و الثانی عدم استحقاق البائع علی المشتری شیئا إذا لم یکن وزن الظّرف بالمقدار الّذی أندر له بل کان أقل و عدم استحقاق المشتری علی البائع إذا کان وزن الظّرف فی الواقع أزید فإن خبر علیّ بن جعفر ع متضمّن للسّؤال عن صحّه هذا البیع و فساده بقرینه قوله أ یحلّ ذلک البیع و خبر حنان متضمّن لاستحقاق کلّ من البائع و المشتری بما وقع بقرینه قول معمّر الزیّات فیحسب لنا النّقصان لمکان الزّقاق

قوله قدّس سرّه ثم الظّاهر أنّ الحکم المذکور غیر مختصّ بظروف السّمن إلی آخره

قد أشرنا إلی أنّ الإندار و التّرک إذا کان متعارفا بین التّجار یصحّ مطلقا و الظّاهر أنّ موارده أربعه الأوّل فی ظروف السّمن و الزّیت و الدّبس و النفط و نحو ذلک ممّا یصعب إفراغه و بیع المظروف وحده الثّانی ظروف المتاع کالجوالق و نحوها الثّالث ما یکون مصاحبا للمبیع و یصعب التفریق بینهما کالشّمع فی الحلیّ المصنوعه من الذهب و الفضه و الّذی یوضع فی الجلود لئلا یفسد کالملح فی الجلد الّذی یراد دبغه فیما یتعارف بیعه بالوزن و هکذا الدّبس الّذی یصب فی الزقاق و نحو ذلک الرابع الترک المتعارف فی الخضروات

هذا تمام الکلام فی مهمّات البیع و أحکامه و یتلوه إن شاء اللّه تعالی أقسام الخیار و أحکامه و الحمد للّه أوّلا و آخرا و الصلاه و السّلام علی مؤسّس قواعد الدّین محمّد و آله الطیّبین الطاهرین و اللعنه الدائمه علی أعدائهم أجمعین

کتبه محمّد علی التبریزی الغروی طبع فی المطبعه الحیدریّه فی طهران

الجزء الثّانی

اشاره

هذا هو الجزء الثّانى من كتاب منيه الطّالب فى حاشيه المكاسب لمؤلّفه حجّه الإسلام الحاج الشّيخ موسى النّجفى الخوانسارى دامت بركاته

[القول فى الخيارات]

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيم

الحمد للّه ربّ العالمين و الصّلاه و السّلام على أشرف أنبيائه محمّد و آله الأئمّه الطّيّبين الطّاهرين و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين أبد الآبدين

[مقدمتان]

[الأولى فى معنى الخيار لغه]

قوله قدّس سره الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار إلى آخره

أقول الخيار بمعناه اللّغوى يشمل كلّ مورد كان لأحد المتعاقدين أو لغيرهما اختيار فى أمر فالأوّل كملك الزّوجين الفسخ بالعيوب و الثّانى كملك العمّه و الخاله فسخ العقد على بنت الأخ و الأخت و غير ذلك ممّا كان الشّخص مختارا فى الفعل و التّرك و بمعناه الاصطلاحى لا عموم له كذلك بل هو حقّ ثابت لشخص فى خصوص نقص العقد و العهد و إبرامه

و عرّفه المصنف قدّس سره بأنّه ملك فسخ العقد و عرّفه المحقّقون من القدماء بأنّه ملك إقرار العقد و إزالته و الحاصل من تعريف المصنف أنّ أحد طرفى الاختيار وجودىّ و الآخر عدمىّ و من تعريف القدماء أنّ طرفيه وجودىّ و الحقّ ما اختاره القدماء و قبل تحقيقه ينبغى تمهيد مقدّمه قد أشرنا إليها فى كتاب البيع و هى أنّ العقود بحسب الثبوت على أقسام ثلاثه منها ما يقتضى اللّزوم ذاتا و منها ما يقتضى الجواز كذلك و منها ما لا يقتضى شيئا منهما فما كان من الأوّل فشرط الخيار فيه ينافى مقتضاه و لا يقبل الفسخ و لا الإقاله و ما كان من الثّانى فشرط اللّزوم ينافى مقتضاه و ما كان من الثّالث فلا ينافى كلّ واحد من الشّرطين فيه

و أمّا بحسب الإثبات فقد استكشفنا من الأدلّه أنّ عقد النّكاح و الضّمان من الأوّل و لذا لا يصحّ فيهما جعل خيار الفسخ و لا يقبلان الإقاله و لا ينافى ذلك جواز فسخ النّكاح بالعيوب الخاصّه و يتخلّف بعض الشّروط و جواز فسخ الضّمان إذا تبيّن إعسار الضّامن مع عدم علم الدّائن به لقيام الدّليل عليه بالخصوص و استكشفنا منها أنّ الهبه من الثّانى و البيع من الثالث

ثمّ إذا كان العقد مقتضيا للّزوم أو الجواز بذاته فاللّزوم أو الجواز حكمىّ و لا يقبلان

الإسقاط كما هو الشّأن فى جميع الأحكام الشرعيّه سواء كانت ثابته فى العقود أم فى غيرها فلو التزم العاقد فى إنشائه بضدّ ما اقتضاه العقد كان منافيا لمقتضاه و مخالفا للكتاب و السّنه و لو التزم بما اقتضاه لما أفاد إلّا التّأكيد و أمّا ما لا اقتضاء له فاللّزوم أو الجواز حقّى قابل لجعل الخيار فيه و إسقاطه ثمّ إنّ الالتزام بما اقتضاه ذات العقد من اللّزوم أو الجواز أو الالتزام بمضمون المعاوضه فى العقد الّذى لا يقتضى أحدهما إنّما هو بالدّلاله الالتزاميّه

و توضيح ذلك أنّ ما ينشأ بالعقود إمّا مدلول مطابقى و إمّا التزامى أمّا المطابقى فهو فى البيع نفس تبديل المال بالمال الّذى يحصل بالمعاطاه أيضا و أمّا الالتزامى فهو التعهّد بما أنشأ و الالتزام به و هذا هو العقد و العهد الموثق لا المعنى المطابقى الحاصل بالفعل أيضا و لذا قلنا فى باب المعاطاه بأنّها بيع لا عقد و قلنا بأنّها تفيد الجواز لعدم تحقّق ما يوجب اللّزوم فيها

ثمّ إنّ هذه الدّلاله الالتزاميّه ناشئه من بناء العرف و العاده على أنّ من أوجد معنى بالعقد يلزم عليه أن يكون ثابتا على ما أوجده و بانيا على إنفاذ ما أنشأه و إلّا لم يقدم أحد على المعاملات الخطيره و المعاوضه فى الأشياء النفيسه و سيجى ء زياده توضيح لذلك فإذا كان هذا بناؤهم فى العقود المعاوضيّه و ما يشبهها فكلّ عقد كان اللّزوم من مقتضيات ذاته يصير هذا الالتزام مؤكّدا له كالنّكاح و الضّمان و كلّ عقد كان الجواز من مقتضياته كالهبه يخرج عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالتخصيص و كلّ عقد لا اقتضاء له يصير بهذه الدّلاله ذا اقتضاء كالبيع و قوله عزّ اسمه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ناظر إلى هذه الدّلاله لا الدّلاله المطابقيّه لأنّ وجوب الوفاء فى البيع بلحاظ معناه المطابقى إنّما هو لحرمه التصرف فى مال الغير لا لأنّه عقد و عهد موثق

و بعباره أخرى فى المعاوضات العقديّه مدلولان المطابقى و هو بيع و الالتزامى و هو عقد و وجوب الوفاء يناسب لحاظ العقديّه كما هو صريح الآيه فإذا كان اقتضاء اللّزوم من جهه إنشاء العاقد المدلول الالتزامى و التزامه به فلو ثبت الخيار فى عقد بأحد الوجوه الثّلاثه الآتيه يوجب تخصيص الآيه الشّريفه و يكون حقّا مالكيا قابلا للإسقاط كما أنّه يقبل الإقاله للتّلازم بينهما إذا كان حقيّا و كان بمعناه المصطلح لا بمعناه اللّغوى الشّامل للحكمى أيضا و لا شبهه أنّ الخيار فى المقام إنّما هو بمعناه المصطلح لأنّه لو ثبت الخيار فى العقد لأحد إمّا بالشرط كبيع الشّرط أو بجعل شرعى كخيار الحيوان و المجلس أو لتخلّف شرط ضمنى كالغبن و العيب و نحوهما فمعنى ثبوته أنّ التعهّد بمدلول العقد الّذى تعهّد به العاقد على نفسه و قلنا إنّه من باب بناء العرف و العاده على أنّ كلّ من عقد عقدا يلزم أن يكون على عقده و يبقى على عهده زمام أمره بيد المعاقد أى لثبوت الخيار ليس هذا الالتزام ملكا للطّرف و ليس كنفس المدلول المطابقى الذى هو ملك للطّرف و لو مع الخيار فإذا كان مالكا لالتزام نفسه فله إقراره و إبرامه و له حلّه و نقضه

و بعباره أخرى ثبوت الخيار لأحد معناه أنّ اختيار المدلول الالتزامى المنشأ من المتعاقدين وضعا و رفعا بيد ذى الخيار فله ردّ ما ألزمه على نفسه من إنفاذ العقد فينحلّ العقد و له إبقاء ما التزم به طرفه له فيستقرّ العقد

إذا عرفت هذه المقدّمه

ظهر أنّ كلّا من طرفى الخيار أمر وجودىّ و قوامه بملك كلا الالتزامين و العقد الغير الخيارى قوامه بملك التزام الطّرف و خروج التزام نفسه عن قـدرته و بالإقاله يرد ما خرج و يخرج ما دخل و لذا لو أقالا يرد كلّ منهما الالتزام الّذى ملكه إلى طرفه و من هنا ذكروا أنّ الخيار يدخل فى كلّ ما يدخل فيه الإقاله

قوله قدّس سره و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ ففيه أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار إلى آخره

بعـد ما ظهر أنّ أجود التعريفين تعريف القـدماء بأنّ الخيار ملك إقرار العقد و إزالته ظهر أنّ مرجع إلزام العقد ليس إلى إسـقاط حقّ الخيار لأنّ معنى إلزامه إعمال أحد طرفى الخيار و أمّا إسقاط الحقّ فهو أمر فوق الخيار فإنّ الإسقاط إذهاب موضوع الحق لا إعماله كما أنّ الإعراض عن الملك فوق السّلطنه و به يذهب موضوع المال و ليس الإعراض من أنحاء السّلطنه على المال

و بالجمله ليس إسـقاط الحق فى قبال حلّ العقد بل المقابل له الالتزام بالعقد و إن كان أثره الإسـقاط هذا مضافا إلى ما سيجى ء من المصـنف فى أحكـام الخيـار أنّ الخيار ليس عباره عن ملك فسـخ العقـد و عـدمه لأنّ نفس عـدم الفسـخ ليس إعمالا لأحد طرفيه بل يحتاج إلى أمر وجودىّ و هو الرّضا بمضمون العقد

[الثانيه ذكر غير واحد تبعا للعلّامه فى كتبه أنّ الأصل فى البيع اللّزوم]

قوله قدّس سره ذكر غير واحد تبعا للعلّامه فى كتبه أنّ الأصل فى البيع اللّزوم إلى آخره

لاـ يخفى أنّ الأصل بمعنى الرّجحان المستند إلى الغلبه لا يرجع إلى محصّل فإنّه ممنوع صـغرى و كبرى فالمراد منه إمّا القاعـده المسـتفاده من العمومـات و الاستصـحاب أو معناه اللّغوى بمعنى أنّ وضع البيع و أساسه على اللّزوم و ذلك لما ذكرنا من أنّ بناء العرف و العـاده على التزام كل عاقـد بما ينشـئه و يشـعر بـذلك عباره التـذكره من قوله و الغرض تمكّن كلّ من المتعاقـدين من التصرّف فيما صار إليه و إنّما يتمّ ذلك باللّزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه انتهى

و بالجمله العقد هو العهد الموثق فهو كالبيعه المتعارفه بين الرّؤساء و التّابعين لهم و كالتعهّد الحاصل بتصفيق كلّ منهما يده على يد الآخر فإذا كان هذا بناء العرف و العاده فى المعاملات مع عدم ردع الشّارع عنه فيصير كلّ عقد معاوضىّ و ما يشبهه كالنّكاح متضمّنا لهذا البناء و دالّا عليه بالدّلاله الالتزاميّه

نعم لو جعل أحدهما زمام هذا الالتزام لنفسه أو جعله الشّارع له فيصـير ذا خيار حقّى قابل للإسـقاط و لذا عبّرنا عن الخيار بملك الالتزام لأنّه حقّ لا حكم

قوله قدّس سره بقى الكلام فى معنى قول العلّامه إلى آخره

الأـولى أن يقـال فى توجيه كلاـم العلّـامه أنّ الخروج عن أصـاله اللزوم يتحقّق بـأمرين الأـوّل ملك الالتزامين أى الخيار و الثّانى

ملك أخذ ضميمه مع مال الطّرف عوضا عن ماله

و بعباره أخرى كما أنّ العقد يقتضى اللّزوم كذلك يقتضى أن يكون أحد العوضين فقط عوضا عن الآخر فإذا ثبت الخيار فيه يخرج عن اقتضائه اللّزوم و إذا ظهر العيب فيه يخرج عن اقتضائه كون أحد العوضين وحده عوضا عن الآخر لاقتضاء ظهور العيب الأرش مع العوض

و بالجمله ثبوت العيب أو ظهوره و إن كان سببا للخيار إلّا أنّ الخيار الحاصل به مختلف فى السّنخ مع سائر الخيارات لأنّ أخذ الأرش ليس من باب فسخ العقد فى جزء من مدلوله حتّى يكون من سنخها و حتّى يورد عليه بأنّه لا يعتبر فى الأرش

كونه جزءا من الثمن بل هو ملازم لإبقاء العقد على حاله بالنّسبه إلى أصل التزامه بالتّبديل و إنّما يتصرف فيه بأخذ ضميمه مع المعيب مع أنّ المنشأ كان معوضيّه نفس المبيع للثمن لا معوّضيّته مع شى ء آخر

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا أنّ الأصل بمعناه اللّغوى بل بمعنى الاستصحاب و بمعنى القاعده المستفاده من العمومات لا يختصّ بالبيع بل يطرد فى كلّ عقد معاوضى مبناه على اللّزوم

قوله قدّس سره فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلى آخره

لا- يخفى أنّه لو كان المجعول بالأصاله هو الحكم التّكليفى و كان المجعول المنتزع هو الوضعى كاللّزوم فى المقام يجب أن يكون الحكم التّكليفى المستتبع للحكم الوضعى مناسبا له و مجعولا- على نحو ينتزع المطلوب منه فعلى هذا يكون مفاد الآيه وجوب الوفاء بالعقد و العمل بما اقتضاه مطلقا أى فى جميع الأزمنه و بالنّسبه إلى كلّ زمانى لأنّ ببركه مقدّمات الحكمه يتمّ إطلاق وجوب الوفاء بالنّسبه إلى كلتا الجهتين لأنّه لو كان وجوب الوفاء به فى وقت دون وقت و بالنسبه إلى عدم الفسخ لا مع الفسخ يلزم لغويه تشريعه فمفاد هذا الحكم التكليفى هو وجوب الوفاء به فى جميع الأزمنه و مع طروّ كلّ طار كما أنّ المناسب للفظ الوفاء أن يكون متعلّقه المعنى المصدرى أى الإيجادى من العاقد و الإصدارى منه لا اسم المصدرى و هو الحاصل من التزامه الّذى هو العقد

و بعباره واضحه المناسب لوجوب الوفاء أن يكون متعلّقه نفس تعهّده لا ما تعهّد به فيندفع عن المصنف ما أورد عليه المحقّق الخراسانى قدّس سره فى حاشيته على المتن من أنّ مع الشكّ فى تأثير الفسخ يكون التمسّك بالإطلاق من باب التمسّك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه و ذلك لأنّه لو كان متعلّق الوفاء هو العقد بمعنى اسم المصدر فمع الشّك فى تأثير الفسخ يكون تمسّكا بالإطلاق فيما لا يعلم أنّه عقد سيّما إذا قلنا إنّ الفسخ حلّ العقد من حين العقد

و أمّا لو كان متعلّقه فعل المكلّف فإذا كان الوفاء به واجبا و بقاؤه على قوله و إبرامه ما تعهّد به لازما فلازمه بقاء ما تعهّد به و عدم تأثير فسخه و نستكشف منه بقاء عقده كالاستكشاف من عموم أكرم العلماء أنّ زيدا الّذى يحرم إكرامه ليس زيدا العالم

و بعباره أخرى لو كان الفسخ رافعا لموضوع الوفاء و موجبا لذهاب التعهّد بالمعنى المصدرى عن صفحه الوجود و عن ظرفه لكان وجوبه مع تحقّق الفسخ تمسّكا بالإطلاق فى مورد الشكّ فى المصداق و أمّا لو كان الفسخ رافعا للعقد فمع الشّك فى تأثيره يمكن وجوب الالتزام بما التزم به و بهذا البيان يمكن أن يقال بعدم الاحتياج إلى الإطلاق بالنّسبه إلى الزّمانى بل يكفى إطلاقه فى الزّمان لأنّه إذا كان الوفاء بالتعهّد لازما فى جميع الأزمان فلازمه عدم تأثير الفسخ

ثمّ إنّه لا- إشكال فى أنّ اللّزوم المستفاد من الحكم التكليفى ليس تعبّديّا صرفا بل لمناسبه الحكم و الموضوع يعلم أنّه حقّ مالكى بل يمكن استفاده كونه حقّا من مقابله الجمع بالجمع فى الآيه الشّريفه أيضا فإن كلّ مكلّف إذا كان مكلّفا بالوفاء بعقده يستلزم أن لا- يكون الوفاء بوصف الاجتماع مطلوبا على المتعاقدين فعلى هذا يجب على كلّ واحد الوفاء بما تعهّد به مع وفاء الآخر به فإذا استقال أحدهما الآخر فله الإقاله و لا نحتاج إلى إطلاق أدلّه الإقاله حتّى يقال إنّ موردها منحصر فى استقاله الزّلات

و العثرات لا العقود و المعاهدات بل لو كان موردها العقود أيضا لم يعلم جريانها فى كلّ عقد و ذلك لأنّ وجوب الوفاء لو كان حقّا مالكيّا فمقتضى

القاعده جريان الإقاله فى كلّ عقد مبناه على اللّزوم لو لا الخيار و يشهد به المعاهدات بين الدّول و البيعه التى كانت بين الأئمّه عليهم السّلام و أصحابهم فإنّ الحسين ع قال لأصحابه مرارا رفعت بيعتى الّتى كانت فى رقابكم و أنتم فى حلّ منّى و بهذه المضامين قال الحسن ع لقيس بن سعد بن عباده لما امتنع عن البيعه مع معاويه لبيعته مع الحسن ع و هذه البيعه و إن لم تكن قابله للحلّ و ليست كبيعه العشائر مع شيوخهم و رؤسائهم إلّا أنّ النّاس حيث كانوا قريب عهد بالجاهليه فعاملوهم عليهم السّلام بما ارتكز فى أذهانهم

و كيف كان فالعهد و العقد يجب البقاء عليه ما دام الآخر باقيا على عهده لأنّ كونه حقّا مالكيّا يقتضى جواز الإقاله لكلّ منهما فليس وجوب الوفاء من قبيل حرمه بيع العبد المسلم من الكافر تعبّديّا غير قابله للرّفع و لو مع رضا العبد المسلم و ليس وجوبه أيضا كوجوب الصّلاه بحيث لا يترتّب على عصيانه غير العقاب بمعنى أنه يحرم عليه الفسخ و لكن لا ينافى تأثيره لأنّ مقتضى كونه حقّا مالكيّا أن يكون بمنزله وجوب أداء الدّين فمعناه أنّ الفسخ لا يؤثّر و العقد لا ينفسخ به

هذا كلّه لو كان المجعول الأصلى هو الحكم التّكليفى و أمّا لو كان هو الوضعى كما هو الحقّ فى أمثال اللّزوم فإن الملكيّه و الرّقيّه و الولايه و اللّزوم و نحو ذلك بنفسها قابله للجعل و ليست كالشّرطيّه و الجزئيّه و المانعيّه الّتى لا تقبل الجعل بالأصاله فدلاله الآيه على المطلوب أظهر لأنّها على هذا إمضاء لما عليه العرف و العاده من بنائهم على لزوم الالتزام بما التزموا به فمقتضى هذه الدّلاله أن يكون العقد بنفسه بحسب الدّلاله اللّفظيّه موجبا للزوم ترتيب آثار ما التزم العاقد على نفسه فإذا أمضى الشّارع هذا البناء إمّا بالأمر الإرشادى نظير الأوامر فى باب الأجزاء و الشّرائط أو بأمر مولوى لحقّ مالكى لا للتعبّد الصّرف يصير اللّزوم مجعولا كمجعوليّه الولايه و الملكيّه

و الحق أنّ المجعول الأصلى هو الوضعى الّذى هو منشأ لترتّب آثار الملك من جواز التصرّف و التقلّب لأنّ المجعول الشرعى فى المعاملات بأجمعها هو إمضاء ما عليه النّاس فيها و بناؤهم على جعل الوضعى أوّلا لا العكس أى لا يجوّز البائع للمشترى أوّلا جواز التصرّف فينتزع منه الملكيّه بل بناؤهم على أن جواز التصرّف من آثار الملكيّه و كيف كان فسواء كان اللّزوم منتزعا أو مجعولا بالأصاله فهو ليس من مقتضيات العقد فى نفسه و عن مفاد لفظ المتعاقدين مدلولا مطابقيّا أو التزاميّا مع قطع النّظر عن حكم الشّارع حتى يقال إنّ العمل بالعقد و وجوب الوفاء به هو العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز لأنّ مقتضاه فى نفسه ليس إلّا التبديل مطابقه و الالتزام بترتيب آثار الملكيّه على البيع التزاما الّذى أمضاه الشّارع بقوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إمّا انتزاعا أو أصاله لا لزوم هذا الالتزام أو جوازه

و بالجمله لزوم الالتزام أو كونه باختيار العاقد ليس إلّا مستفادا من أدلّه لزوم العقد أو من أدلّه الخيارات فكلّ منهما من المجعولات الشرعيّه الخارجه عن مقتضيات العقد فى نفسه

قوله قدّس سره و من ذلك يظهر الوجه فى دلاله قوله تعالى أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ إلى آخره

لا يخفى أنّ حرمه الرّبا التى فى هذه الآيه جعلت قبالا لحلّيه البيع إمّا بمعنى حرمتها التّكليفيّه و الوضعيّه كليهما و إمّا خصوص

أحدهما و الاستدلال بهذه الآيه يتمّ لو كان المراد منها الأعمّ أو خصوص التّكليفيّه و إلّا لو كان المراد منها فساد الربا فبقرينه

المقابله يصير المراد من الحليّه الصّحه لا اللّزوم

ثمّ على فرض أن يكون المراد من الحلّيه حلّيّه جميع التصرّفات إلّا أنّ مع الشّک فى ثبوت الحلّيّه بعد الفسخ لا يمكن التمسّک بإطلاقها لأنّه من قبيل التمسّک بالإطلاق مع الشکّ فى المصداق لأنّ الفسخ لو كان مؤثّرا لكان هنا رافعا و مزاحما مع أصل الحلّيّه و هذا بخلاف نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّ الفسخ ثمّه لا يرفع موضوع وجوب الوفاء الّذى هو الالتزام بالمعنى المصدرى و إنّما يرفع العقد الّذى هو اسم المصدر

و توضيح ذلک أنّ القيود الرّاجعه إلى الموضوع يمكن أن يكون الحكم بالنّسبه إليها مطلقا و مقيّدا و أمّا حالات نفس الحكم فلا يمكن أن يكون الحكم بالنّسبه إليها مطلقا أو مقيّدا فضلا عن أن يكون مطلقا أو مقيّدا بالنّسبه إلى رافعه و طارده و نظير ذلک ملاحظه الأحكام الثّابته للأشياء بعناوينها الأوليّه مع الأحكام الثّابته لها بعناوينها الثّانويّه فإنّ إباحه الماء لها إطلاق بالنّسبه إلى اشتراط ترک شربه فى ضمن عقد لازم من حيث ذات الاشتراط أى من حيث إنّه فعل من أفعال المكلّف كإطلاقها بالنّسبه إلى سائر أفعاله و أمّا من حيث أثره فلا يمكن أن يكون لها إطلاق لأنّ أثر الاشتراط رافعيّه الإباحه و الإباحه لا إطلاق لها بالنّسبه إلى وجودها و عدمها

و السرّ فى ذلک أنّ المحكوم ليس ناظرا إلى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنّسبه إلى حاكمه و فى مقامنا هذا الفسخ لو كان مؤثّرا لكان رافعا لأصل الحلّيّه و لا إطلاق لها بالنّسبه إلى رافعها بخلاف تأثير الفسخ فى حلّ العقد فإنّه لا يزاحم وجوب الوفاء و لا موضوعه الّذى هو التّعقيد و إنّما يرفع العقده الحاصله من فعل العاقد فيمكن التمسّک بإطلاق أَوْفُوا فى رفع هذا الشکّ

و هذا هو السّر فى تخصيص المصنف هذا الإشكال بأحلّ اللّه البيع و أمثاله دون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بالجمله بعد الفسخ نشکّ فى حلّيه التصرّف كالشّک فى حلّيه أكل المال بالتجاره عن تراض فالتمسّک بعقد المستثنى فى هذه الآيه لا يفيد أيضا لرفع الشّکّ عن تأثير الفسخ

قوله قدّس سره و منها قوله تعالى وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إلى آخره

تقريب الاستدلال بعقد المستثنى منه يتوقّف بعد الفراغ عن كون المراد من الأكل فيه هو التملّک لا الازدراد على أن يكون المراد بالباطل هو ما يسمّى باطلا عرفا و أن يكون العرف مع الشّک فى أنّ بالفسخ يمكن التملّک أم لا حاكما بالبطلان

و بعباره أخرى يتوقّف الاستدلال على أمرين الأوّل أن يكون نظر العرف متّبعا فى فى تعيين المصداق و الثّانى أن يكون حاكما بأن ما لم يعلم كون الفسخ سببا للتملّک أن يكون التملّک باطلا و كلاهما ممنوعان أمّا الأوّل فلأنّ نظرهم متّبع فى تعيين المفاهيم لا المصاديق إلّا أن يكون تعيين المصداق راجعا إلى تعيين المفهوم و أمّا الثانى فلعدم حكمهم فى مورد الشّک فى كون شى ء سببا مملّكا بعدم كونه مملّكا و باطلا لشكّهم فى السّبب فكيف يحكمون بعدم المسبّب

و نظير هذا التقريب للاستدلال استدلال المصنف فى أوّل باب البيع بأدلّه المعقود فى مورد الشکّ فى الأسباب مع إقراره بأن

الأسماء و عناوين العقود كالبيع و الصّلح و الهبه إنّما هى موضوعه للمسبّبات دون الأسباب فقال و أمّا وجه تمسّك العلماء بإطلاق أدلّه البيع و نحوه فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه فى الخطابات الشّرعيّه على ما هو الصّحيح

المؤثّر عند العرف إلى آخره

و نحن قد استوفينا الكلام فى هذا المرام و قلنا إنّه لو كان باب العقود و آثارها من قبيل الأسباب و المسبّبات لا باب الإيجاديّات بالأدله لما كان وجه للتمسّك بإطلاق ما يرجع إلى إمضاء المسبّبات لرفع الشّكّ فى تأثير سبب من الأسباب لأنّ كلا منهما يحتاج إلى إمضاء على حده و لا يرجع إمضاء تبديل المال بالمال إلى إمضاء ما كان القبول فيه مقدّما على الإيجاب لعدّه العرف سببا فراجع و اغتنم

و بالجمله لا يفيد التمسّك بعقد المستثنى و لا المستثنى منه بوصف الانفراد نعم مجموع العقدين يفيد المطلوب و ذلك لأنّ المستثنى هنا مستثنى منقطع فإنّ التّجاره عن تراض ليس من الباطل و محكوما بخلافه بل خارج عنه موضوعا و حكما و إخراجه عنه موضوعا ليس كخروج الحمار عن القوم تكوينا بل نفس الدّليل هنا ناظر إلى خروجه فمفاد العقدين أنّ كلّ تملّك ما عدا التّجاره عن تراض هو داخل فى أكل المال بالباطل فأخذ المال من المنتقل إليه و التملّك عنه بدون رضاه أى التملّك بالفسخ هو التملّك بالباطل

قوله قدّس سره و ممّا ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ع لا يحلّ إلى آخره

لا يخفى أنّ تقريب الاستدلال به كتقريبه فى الآيه المتقدّمه بالنّسبه إلى مجموع العقدين و ذلك لأنّ كون المستثنى مفرغا لا يصحّ إلّا فيما كان المستثنى منه المقدر عاما فعدم حلّيه جميع أنحاء التّقلّبات من الأكل الازدرادى و التملّكى إلّا مع طيب نفس المالك لا يصحّ إلّا أن لا يؤثّر الفسخ

نعم هذا الحكم كالحكم المستفاد من الآيه المتقدّمه قابل للتّخصيص بأدلّه الخيار و غيرها فما لم يعلم التّخصيص بالفسخ و نحوه يكون العام متّبعا و بالجمله لا يمكن منع الإطلاق أو العموم بالنّسبه إلى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و الخبر الشّريف لا يحلّ لدلالتها على أنّ الفسخ لا يؤثر و ليس التمسك بها من قبيل التمسّك بالعام أو المطلق فيما لا يعلم الانطباق عليه و ذلك لما عرفت أنّ الفسخ لا يرجع إلى ما تعلّق به الوفاء فى الآيه الأولى و ليس أيضا تجاره عن تراض لأنّ الملك قبل الفسخ داخل فى ملك من انتقل إليه فالتملّك عنه به و التكسّب به تكسّب لا عن تراض و ليس أيضا بطيب نفس المالك فلا يحلّ التملّك به فعلى هذا لا وجه للإيراد على جميع الأدلّه بنهج واحد

قوله قدّس سره و منها قوله النّاس مسلّطون إلى آخره

لا إشكال فى أنّ السّلطنه التامّه على الأموال تقتضى أمرين الأوّل عدم قصر سلطنه المالك على ماله بأن لا يقدر على البيع و الصّلح و أمثالهما كما إذا كان ماله مرهونا أو كان هو مفلسا أو سفيها الثّانى عدم تسلّط غيره على إخراج ماله عن ملكه كما إذا كان لغيره حقّ الخيار أو دين يحكم الحاكم بجواز المقاصّه منه فإذا اقتضى السّلطنه عدم تسلّط الغير إلّا لحقّ أو حكم فيقتضى عدم تأثير الفسخ من غيره بلا حقّ و لذا لا يجوز للمقرض إرجاع العين من ملك المقترض لمنافاته للسّلطنه التامّه للمقترض على ماله فعلى هذا لو قلنا بأنّ ملك الفسخ و الإقرار متعلّق بالعين فمع الشّكّ فيه يصحّ التمسّك بإطلاق النّاس مسلّطون على عدم

تأثير الفسخ لأنّ الفسخ ينافى عدم تسلّط غير المالك على مال المالك

و أمّا لو قلنا بأنّ الفسخ يتعلّق بالعقد بمعنى أنّ الخيار يبطل التبديل الواقع من العاقدين من دون إرجاعه العين و رجوع العين إنّما هو أمر قهرى يحصل بحلّ العقد ففى مورد الشّك لا يمكن التمسّك بالإطلاق لأنّ الفسخ لا يرجع إلى تصرّف غير مالك العين فيها

و بالجمله لو قلنا

بأنّ الخيار متعلّق بالعين فلازمه أنّ من عليه الخيار لا يتمكّن من التصرّف فيها لمنافاته لتعلّق حقّ الغير بها و لازمه أيضا عدم نفوذ الفسخ ممّن لم يعلم ثبوت الخيار له و أمّا لو قلنا بأنّه متعلّق بالعقد فلازمه جواز تصرّف من عليه الخيار و عدم صحّه التمسّك بإطلاق النّاس مسلّطون

قوله قدّس سره و منها الأخبار المستفيضه إلى آخره

لا يخفى أنّ المناقشه فى هذه الأدلّه بأنّ دلالتها على وجوب البيع و أنّه لا خيار لهما بعد الرّضا إنّما هو بلحاظ ما يقتضيه نفس البيع لا للأمور العارضه أحيانا من غبن و عيب و لأجل هذا لا يكون أدلّه سائر الخيارات مخصّصه لها كما فى حاشيه المحقّق الخراسانى قدّس سره غير صحيحه فإن نفس أدلّه سائر الخيارات تدلّ على التّخصيص و أنّ وجوب البيع الحاصل بالافتراق مثلا إنّما هو فى غير الحيوان كصحيحه الفضيل بن يسار عن أبى عبد اللّه ع قال قلت له ما الشّرط فى الحيوان قال ثلاثه أيّام للمشترى و قلت ما الشّرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا و هكذا الصّحيحه المحكيه عن قرب الأسناد

و بالجمله فالمناقشه فى الأدلّه من دأب المصنفين و هم بصدد بيان الاحتمال و لو كان على خلاف الظّاهر لتوسعه أذهان المحصّلين و إلّا فدلاله هذه الأخبار على اللّزوم فى خصوص البيع ممّا لا تنكر كما أنّ دلاله غير آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على أصاله اللزوم فى العقود المعاوضيّه كذلك و دلاله أَوْفُوا على أصاله اللّزوم فى مطلق العقود و لو كان العهد الّذى بين اللّه تعالى و عباده أيضا كذلك

قوله قدّس سره و قد عرفت أنّ ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا إلى آخره

لا يخفى أنّ العقود على ثلاثه أقسام الأوّل العقود الإذنيّه كالعاريه و الوديعه و الوكاله و المضاربه الّتى قوامها بالإذن من المالك الّتى يكفى فيها كل لفظ أو فعل كاشف عن الرّضا منه و لا إشكال فى أنّ مقتضاها أنّ مع فسخ المالك ينتفى رضاه بالتصرّف فيرتفع ما هو قوامها فلا يجرى فيها الاستصحاب بل فى الحقيقه هذه الأقسام خارجه من باب العقود بالتخصّص و إنّما تسمّى عقدا لاعتبار رضا الطّرفين و إلّا فهى ليست إلّا تسليطا على التصرّف

نعم لو اشترط عدم الفسخ فى ضمن عقد آخر فهى تابعه لذلك العقد و أمّا لو اشترط عدمه فى نفس هذا العقد كما لو وكله و شرط عدم عزله فلا يفيد هذا الشّرط لأنّ كلّ ما بالغير لا بدّ أن ينتهى إلى ما بالذات و نفس الوكاله لو كانت جائزه فالشّرط فى ضمنها مثلها

و الثّانى العقود التّنجيزيّه كالبيع و الصّلح و أمثالهما و لا إشكال أنّ مقتضى الاستصحاب بقاء أثر ما أنشأ بالعقد فينتج نتيجه اللّزوم و المناقشه فيه بمعارضه باستصحاب بقاء علاقه المالك الأوّل المقتضى لتأثير فسخه فى استرجاع المال إلى ملكه و حكومته على استصحاب ما ينتج اللّزوم لأنّ الشكّ فى اللزوم و الجواز ناش عن الشك فى بقاء علاقه المالك الأوّل ممنوعه جدّا لأنّ علاقه المالك إن أريد بها العلاقه الّتى بها يقدر على فسخ العقد و حلّه بناء على أنّ الخيار راجع إلى ذلك ففيه عدم تحقق

المستصحب قبل العقد و عدم تيقّنه بل نقطع بعدمه لأنّه قبل البيع لا عقد حتّى يمكن لبائعه مثلا حلّه و أمّا حين البيع فتحقّق هذا الحقّ له أوّل الكلام

و إن أريد بها علاقه بها يقدر على إرجاع العين فى ملكه فهى مستحيله الاجتماع مع الملك أى قبل البيع ليست هذه العلاقه له لأن كون

الإنسان مالكا لإرجاع العين الّتى فى ملكه إلى ملكه ليس له معنى محصل فقبل البيع نقطع بعدم المستصحب أيضا و أمّا بعده فإنّه و إن أمكن ثبوت هـذا الحقّ أى إرجاع العين إلى ملكه بجعل شـرعى أو مالكى له إلّا أنّ المفروض أنّ الشّكّ فيه و الأصل عدم حدوثه

و إن أريـد بها العلاقه الّتى كانت فى مجلس البيع ففيه أنّ الشّكّ فى بقائها بعـد التفرّق حيث إنّه إمّا لاحتمال ثبوت خيار آخر له مع خيار المجلس و إمّا لتبدّل هذا الخيار إلى خيار آخر فهو من الاستصحاب المقارنى أو التبدّلى من القسم الثّالث الّذى لا نقول بجريانه إلّا أن يكون نحو وجود المستصحب وجودا تبدّليّا كالحركه و ذلک لأنّ الصحّه الّتى كانت فى المجلس مقطوع الارتفاع و الحصّه الأخرى مشكوک الحدوث من أوّل الأمر و نفس مفهوم الكلّى لا وجود له إلّا فى ضـمن أحد الفردين و ليس من قبيل القسم الثانى

و بـالجمله مع عموم الأخبـار بـأن مع الافتراق ينقطع الخيـار لا معنى لاستصـحاب بقـاء خيـار المجلس و الخيار الآخر مشكوک الحـدوث ثمّ من هـذا البيان ظهر أنّه يمكن أن يكون وجه التأمّل فى قوله فتأمل هـذا الّذى ذكرنا يعنى أنّ التمسّک بالأخبار إنّما هو لبيـان ارتفـاع خيـار المجلس لا لإثبـات اللّزوم بالأخبار حتّى يقال إنّ الكلام فى استصـحاب اللّزوم إنّما هو مع الإغماض عن العموم إذ مع فرض وجوده لا وجه للتمسّک باستصحاب الملكيّه

و بـالجمله التمسّـک بالأخبـار إنّما هو لبيان أنّ علاقه المالک الحاصـله له فى المجلس ارتفعت بالتفرّق عنه فيبقى استصـحاب ما ينتج اللّزوم سليما عن الحاكم

قوله قدّس سره نعم هو حسن فى خصوص المسابقه إلى آخره

هـذا هو القسم الثالث من العقود و هى العقود التعليقيّه كالمسابقه و المراماه و المساقاه و الجعاله و أمثالها و لا إشـكال فى جريان الاستصـحاب فى هـذه العقود أيضـا لأنهـا و إن لم تتضـمّن تمليكـا أو تسـليطا فعلا إلّا أنّها بعـد حصول المعلّق عليه فيها يحصـل الملكيّه فأنشأ التّمليک على تقدير السّـبق مقتضـى لاختصاص السّـبق بالسابق فإذا شکّ فى ارتفاع هذا الأثر عن العقد لفسخ أحد المتعاقدين فالأصل بقاؤه بل المسلم من حجّيه الاستصحاب التّعليقى هذا القسم منه و ما يشبهه من استصحاب عدم الفسخ

و بالجمله التّكليف المنشأ على الموضوع المقـدر وجوده كالحجّ على المسـتطيع لو شکّ فى ارتفاعه عن موضوعه فالأصل بقاؤه كما أنّ الملكيّه المنشأه على تقـدير كالرّمى و السّـبق لو شکّ فى ارتفاعها بالفسـخ فالأصل بقاؤها و العجب من المصـنف قـدّس سره أنّه مع تحقق أحـد جزأى موضوع الحكم كالعصـير العنبى كيف أجرى استصـحاب حكمه مع عـدم تحقّق جزئه الآخر و فى المقـام مـع أنّه إنشـاء تكليـف أو وضـع على موضـوع مقـدّر وجـوده لم يجر فيه الاستصـحاب مـع أنّ حقيقه الملازمه بين تحقّق الموضوع و الحكم ثابته فى المقام فهى قابله للاستصـحاب لا مثل حكم العصـير العنبى و قد اسـتوفينا الكلام فيه فى الاستصحاب التّعليقى

قوله قدّس سره بل يرجع فى أثر كلّ عقد إلى ما يقتضيه الأصل إلى آخره

لا يخفى أنّ منشأ الشكّ فى اللّزوم و الجواز تاره لشبهه حكميّه و أخرى لشبهه خارجيّه فإن كان للأوّل فحيث إنّه لا أصل يثبت السّبب فيجرى الأصل فى المسبّب و يقال الأصل بقاء أثر العقد ملكا كان كالبيع أو حقّا كالرّهن و لو كان للثّانى فقد يكون هنا أصل موضوعىّ يثبت اللّزوم و الجواز و قد لا يكون فالأوّل كما إذا علم بأنّ العقد الصّادر بيع و شكّ فى جعل الخيار فالأصل عدم

جعله فيثبت اللّزوم أو علم بأنّ الصّادر هبه و شكّ فى جعل الثّواب أو قصد القربه فالأصل عدمهما فيثبت الجواز و الثانى كما لو اشتبه العقد الصّادر بين البيع و الهبه أو الإجاره و العاريه أو القرض و الوديعه

ثمّ الاشتباه تاره مع بقاء العين و أخرى مع فساده و على التّقادير فقد يكون الاشتباه فى مورد الترافع كما لو كان النزاع بين المتعاقدين و أخرى فى غير مورده كما لو كان بين وارثهما أو بين أحدهما و وارث الآخر بمعنى أن يدّعى أحدهما عدم العلم فلو كان العقد صحيحا و كان الاشتباه فى مورد التّرافع أى كان أحد المتعاقدين و هو من انتقل عنه العين يدعى الهبه و الآخر البيع و العين باقيه فى يد من ادّعى البيع فلو قلنا بالتّحالف فيرجع العين إلى مالكه الأصلى و لو لم نقل و فسخ مدّعى الهبه فحيث إنّه يشكّ فى تأثير الفسخ فمقتضى الأصل بقاء أثر العقد إلّا أنّه يعلم إجمالا إمّا بخروج العين عن ملك من انتقلت إليه و إمّا بثبوت العوض عليه

و حيث إنّ مدّعى الهبه يدّعى عدم استحقاقه العوض فيجب الصّلح بينهما و لو كان النزاع بالعكس أى المالك الأصلى يدّعى البيع و الآخر الهبه أى كان نزاعهما فى ثبوت اشتغال ذمّه من انتقل إليه العين بالعوض و عدمه مع اعتراف المالك الأصلى بعدم استحقاقه الفسخ فالأصل براءه ذمّه مدّعى الهبه عن العوض

و لو كان الاشتباه فى غير مورد التّرافع أى لا يدّعى أحدهما أو كلاهما العلم بالواقع فمقتضى استصحاب أثر العقد هو اللّزوم و مقتضى أصاله البراءه هو عدم اشتغال ذمّه من بيده العين عن العوض إلّا أنّه يعلم إجمالا بأنّه لو فسخ طرفه فإمّا يجب عليه ردّ العين أو العوض فلا يفيده أصل البراءه و يجب الصّلح بينهما لأنّ الطّرف أيضا يعلم بعدم استحقاقه إمّا العين و إمّا العوض و لو لم يكن العين باقيه فى هاتين الصّورتين ففى الصّوره الأولى لو ادّعى المالك الأصلى البيع حتّى يستحق العوض فالأصل براءه ذمّه من تلف عنده العين و لو ادّعى الهبه و ثبت الفسخ فى حال بقاء العين و ادّعى مماطله الآخر فى ردّ العين فالحكم كما فى مورد بقاء العين إلّا أنّ هنا يعلّم تفصيلا ببقاء العوض فى ذمّه من تلف عنده العين إمّا المسمّى على ما ادّعاه من البيع و إمّا المثل أو القيمه لعدم ردّه عين مال الغير مع تسليمه المماطله

و فى الصّوره الثّانيه الأصل براءه ذمّته عن العوض إلّا أن يقال فى جميع الأقسام أنّ مقتضى أصاله الاحترام فى الأموال أنّ مدّعى براءه الذمّه تجب أن يثبت مدّعاه و إلّا نفس المال بطبعه يقتضى أن لا يخرج عن ملك مالكه بلا عوض و لا يبعد أن يكون منشأ اختيار المشهور الضمان فى مورد اشتباه العقد الصّحيح بين القرض و الوديعه و بين الإجاره و العاريه بالنّسبه إلى المنافع و بين البيع و الهبه هو أصاله الاحترام فتدبّر

هذا مع أنّه دلّ نصّ خاصّ على الضّمان فى مثل هذه الموارد و هو ما عن أبى الحسن ع عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرّجل كانت عندى وديعه و قال الآخر إنّما كانت لى عليك قرضا فقال ع المال لازم له إلّا أن يقيم البيّنه أنّها كانت وديعه

و أمّا لو كان العقد فاسدا ففى صوره بقاء العين يجب ردّها إلى مالكها أو إلى ورثته و فى صوره التّلف يجب ردّ عوضها إلى

مالكها أو ورثته لأنّ موجب الضّمان و هو اليد قد تحقّق و رافعه و هو إقدام المالك على المجانيّه غير معلوم فيستصحب و يحكم بالضّمان لأنّ الموضوع للضّمان و هو المركّب من اليد و عدم تحقّق رافعه محرز بالوجدان و الأصل و ليس إقدام المالك على

المجانيّه من مفاد كان النّاقصه لليد حتّى يقال إنّ عدم إقدامه من مفاد ليس النّاقصه فليس له حاله سابقه لأنّه لم تتحقّق فى زمان يد تتّصف بعدم إقدام صاحبها على المجانيّه و ذلك لأنّ رافع الضّمان ليس من نعت اليد بل هو من صفات ذى اليد كما هو الشّأن فى كلّ عرض بالنّسبه إلى محلّه و إمّا بالنّسبه إلى عرض آخر أو جوهر فهما متباينان و لذا يكفى فى تحقّقه تحقّقه قبل تسليط المالك على ماله أو بعده كما يكفى تحقّقه معه فإذا تحقّق يد فى الأمس و إقدام على المجانيّه فى اليوم يكفى لرفع الضّمان و على هذا ففى مورد الشّكّ فى الإقدام على المجانيّه يحرز عدمه بالعدم المحمولى

ثمّ لا يخفى أنّه بناء على ما ذكرنا فى تحقيق قاعده ما يضمن و ما لا يضمن من أنّ الإقدام على الضمان ليس دليلا مستقلّا للضّمان ظهر ما فى كلام المصنف فى قوله قدس سره و إن كان المستند دخوله فى ضمان العين إلى آخره كما أنّه لا يخفى ما فى قوله أو لو قلنا بأنّ خروج الهبه من ذلك العموم مانع عن الرّجوع إليه لأنّ الهبه خارجه عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و مثله لا عن عموم على اليد ما أخذت لأنّ عمومه غير ناظر إلى العقود

ثمّ إنّه لا إشكال فى أنّ الرّجوع فى أثر كلّ عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنّسبه إنّما يتمّ فيما لو كان العقد المختلف فيه له أثر غير أثر ما يدّعيه الآخر من العوض و نحوه و أمّا لو كان المالك الأصلى يدّعى الهبه و الآخر الصّلح المجانى و قلنا بأنّ الصّلح عقد لازم مستقلّ فمقتضى استصحاب اللّزوم عدم تأثير فسخ مدّعى الهبه

[القول فى أقسام الخيار]

[الأول فى خيار المجلس]

[مسأله لا إشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كانا وكيلين فى الجمله]

قوله قدس سره و الأولى أن يقال إنّ الوكيل إن كان وكيلا فى مجرّد إجراء العقد فالظّاهر عدم ثبوت الخيار لهما إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجوه التى ذكرها المصنف ره تبعا للمحقّقين تامّه لا إشكال فيها أمّا الانصراف فمنشؤه أنّ الوكيل فى إجراء الصّيغه بمنزله الآله و كأنّه لسان الموكّل فنسبه البيع إليه فى الحقيقه نسبه مجازيّه و ذلك لأنّه و إن كان مختارا فى إنشاء عنوان البيع إلّا أن مبادى اختيار اسم المصدر غير قائم به و أمّا كون مفاد أدلّه الخيار عدم ثبوته لمجرى الصّيغه فوجهه ما يستفاد من مناسبه الحكم و الموضوع من أنّ المحمول الّذى رتّب على البيع هو المحمول فى الرتبه الثّانيه من الحمل

و توضيح ذلك أنّ محمولات الموضوعات مختلفه بعد اتفاقها فى تجرّد عقد وضع موضوعاتها عنها فمثل حمل الموجود على ماهيه يكون الموضوع فيه الماهيّه المعراه عن الوجود و العدم و مثل حمل كاتب على زيد الموضوع فيه ما يكون مفروغ الموجوديّه و مثل حمل تحرّك الأصابع عليه الموضوع هو الموجود الكاتب و بهذه المناسبه يختلف الموضوع فى باب الاستصحاب لفرق العرف بين موارده فلا بدّ أن يلاحظ أنّ العناوين المأخوذه فى الموضوعات بل هى من قبيل العلل كالتغيّر لعروض النّجاسه على الماء أو من قبيل الوسائط فى العروض أى الموضوع هذا المعنون بالعنوان كالمجتهد الّذى هو موضوع

لجواز التّقليد و تمييز هذين الأمرين بنظر العرف و لذا بعد زوال التغيّر يقولون بأنّ الموضوع باق بخلاف زوال الاجتهاد

ففى المقام الذى أخذ موضوعا للخيار أخذ بعد مفروغيّه مالكيّته لالتزام الطّرف المقابل أى بعد كونه قادرا على الإقاله و ردّ التزام طرف المقابل قادرا على إعمال التزام نفسه بإبقائه أو إعدامه

و بعباره واضحه مفاد أدلّه الخيار إثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين فى نقض ما التزم به و إبرامه بعد الفراغ عن سلطنته على الإقاله و ردّ

ما التزم الآخر به و لا شبهه أنّ مجرى الصّيغه لا يملک التزام الآخر و ليس له الإقاله حتّى يثبت له بأدلّه الخيار ملک كلا الالتزامين

و يجب أن يحمل مراد المصنف من المنتقل عنه و إليه على الالتزام لا العين حتّى يقال إنّ حقّ الخيار لا تعلّق له بما انتقل عنه أو على ما سيجى ء توضيحه و أمّا الدليل الثّالث أى اتّحاد السّياق فأمره أظهر من أن يخفى على أحد فإنّ قوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيّام فى الحيوان و فيما سوى ذلک من بيع حتى يفترقا يدلّ على أنّ من له الخيار فى الحيوان و من له خيار المجلس واحد و خيار الحيوان لا يمكن الالتزام بثبوته للوكيل فى إجراء الصّيغه فكذلک خيار المجلس و الأخبار المطلقه كقوله البيعان بالخيار حتّى يفترقا متّحد فى الموضوع مع الأخبار المقرونه بخيار الحيوان لا من باب حمل المطلق على المقيّد فإنّه لا يجرى فى الأحكام الانحلاليّه كقوله أكرم العالم و أكرم زيدا بل من باب أنّه لا إطلاق فى الأخبار المطلقه فإنّ الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان فى بيع الحيوان

و أمّا الدّليل الرّابع و هو أنّ حكمه جعل الخيار إرفاق للمالک ليتروّى فيختار ما هو الأصلح له فهو و إن كان دليلا اعتباريّا و لا يقتضى الحكمه الاطّراد فى كلّ مورد إلّا أنّه نعلم بأن جعل هذا الخيار شرعا لمن ليس له اختيار البيع بلا موجب و لا ينتقض بجعل المتعاقدين الخيار الثالث فإنّه كمال السّلطنه لهما فى ذلک و حقّ جعلى مالكى منهما له

ثمّ إنّ هذه الوجوه الثّلاثه الأخيره إنّما هو بعد الغضّ عن الوجه الأوّل و أمّا بلحاظه فلا نحتاج إلى تطويل و ذلک لما عرفت من أنّ عقد الوضع و هو البيع لا يصدق على مجرى الصّيغه لأنّ مبادى اختيار البيع ليس بيده نعم يفيد هذه الوجوه لإثبات عدم ثبوت الخيار للوكيل الّذى تنتهى وكالته بإجراء عقد البيع و إن لم يكن كمجرى الصّيغه بل كان مستقلّا فى التصرّف فى الشّراء أو البيع

و حاصل الكلام أنّ الوكلاء على أقسام ثلاثه الأوّل الوكيل المفوّض المستقلّ فى التصرّف على أىّ نحو شاء كالعامل فى القراض و أولياء القاصرين و الثانى الوكيل فى إجراء الصّيغه فقط و الثّالث المتوسّط بينهما بأن كان وكيلا مستقلّا فى المعاوضه إلّا أنّ نفس دليل وكالته لا يشمل فسخ المعاوضه بعد تحقّقها و لو أذن له الموكّل فى الفسخ بعد العقد أيضا فهو وكاله مستقلّه فتنقطع وكالته الأولى بعد المعاوضه و إن كان مستقلّا و مختارا فى الشّراء مثلا بأىّ مقدار من الثمن و من أىّ بائع

فالقسم الأوّل له الخيار لعموم النّص لأنّه بيع حقيقه بل جميع الوجوه الدالّه على ثبوت الخيار للمالک لو كان بنفسه عاقدا تجرى فى حقّه أيضا و القسم الثّانى ظهر حاله و الثالث كالثّانى و إن صدق عليه عقد الوضع إلّا أنّ عقد الحمل و هو قوله ع بالخيار لا يشمله لما عرفت من أنّ الخيار سلطنه ثابته بأدلّته للعاقد بعد الفراغ عن سلطنته على التزام الطّرف المقابل و الوكيل الّذى منتهى وكالته ليس مالكا لالتزام الطّرف المقابل لأنّه ليس له الإقاله و لا الفسخ بغير خيار المجلس من سائر الخيارات حتّى يثبت له خيار المجلس بأدلّته بل هو بعد المعاوضه أجنبىّ صرف

و بتقرير آخر أدلّه الخيارات مخصّصه لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فكلّ من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار و هو ليس إلّا من كان مسلّطا على ما انتقل إليه فالتسلّط على ما انتقل إليه ملازم لثبوت الخيار و لو كان الخيار راجعا إلى العقد لا

العين فمن ليس مسلّطا على

ما انتقل إليه ليس وجوب الوفاء موجّها عليه و من لا يجب عليه الوفاء لو لا الخيار ليس له الخيار فعلى هذا لقد أجاد المصنف قدس سره فى تعبيره بأنّ مفاد أدلّه الخيار إثبات حقّ و سلطنته لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه

و هكذا الوجهان الأخيران لا يجريان فى حقّ هذا الوكيل أيضا فإن خيار الحيوان المقرون فى الأدلّه مع خيار المجلس ليس له لأنّه أجنبىّ عن الحيوان حتّى ينظر و يتروّى و هكذا الإرفاق للمالك و إن كان حكمه إلّا أنّ الحكمه لا يجب أن يطرد فى مورد الحكم المعلّل بها لا فى غير مورده مثلا اختلاط المياه الّذى حكمه لجعل العدّه لا يجب أن يطرد إلّا أنّه فى مورد ذات العده لا فى البائن الّذى ليس موردا لجعل العده فالمقام و إن كان جعل الخيار حكمه و إرفاقا للمالك إلّا أنّه جعل له فهو الذى له الخيار و لو لم يكن فى مورد خاص جعله له إرفاقا له و لم يجعل لغير المالك فلا وجه لثبوته له

قوله قدس سره و على المختار فهل يثبت للموكّلين فيه إشكال إلى آخره

بعد ما ظهر أنّ الخيار ثابت للوكيل المطلق المفوّض إليه أمر المعامله بيعا و شراء فسخا و إمضاء دون غيره فهل يثبت للموكّلين مطلقا أو لا يثبت لهما مطلقا أو تفصيل بين الموكّلين فى إجراء الصّيغه فلهما ذلك و غيرهما من القسمين الآخرين فليس لهما وجوه أقواها ثبوته لهما مطلقا

أمّا لو كان وكيلهما وكيلا فى إجراء الصّيغه فقط لأنّ البيع فى الحقيقه نفس الموكّلين و الوكيلان بمنزله لسانهما و يصدق فى حقّهما حقيقه أنهما باعا و اشتريا و أمّا لو كان وكيلهما وكيلا فى المعاوضه الخاصّه أو مطلقا فلصحه انتساب البيع إلى نفس الموكّلين أيضا كما يصحّ انتساب الفعل إلى المباشر و السّبب فى كلّ فعل و لذا ورد تاره اللّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِها و أخرى قُلْ يَتَوَفّاكُمْ مَلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ و ثالثه وَ لَوْ تَرى إِذْ يَتَوَفَّى الَّذِينَ كَفَرُوا الْمَلائِكَةُ فنسب الفعل تاره إلى اللّه تعالى و أخرى إلى عزرائيل عليه السّلام و ثالثه إلى أعوانه من الملائكه سلام اللّه عليهم

نعم قد يناقش فيما ذكرناه بوجوه الأوّل أنّه و إن صحّ استناد الفعل إلى السّبب و المباشر إلّا أنّه فى استعمال واحد لا بدّ أن يراد أحدهما فالمراد من قوله ع البيعان إمّا الموكّلان أو الوكيلان و المفروض ثبوته للوكيل المفوّض فلا يمكن ثبوته للموكّل أيضا الثّانى أنّهم ذكروا أنّه لو حلف المالك على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله فمنه يظهر أن بيع الوكيل ليس بيعا له الثالث أنّه لا شبهه فى تأثير فسخ الوكيل المفوّض و إمضائه فكيف يؤثّر فسخ المالك و إمضائه مع أنّ الملك الواحد و الحق كذلك لا يمكن ثبوته لملّاك متعدّده و ذوى حقوق مختلفه

و لكنّه بأجمعها فاسده أمّا الأوّل فلأنّ إراده معنى واحد فى استعمال واحد إنّما يلزم لو كان اللّفظ مختصّا بأحد من الأمرين و المأمور أو السّبب و المباشر كالآيات الشّريفه فكما لا يمكن أن يراد من ملك الموت هو اللّه تعالى فكذلك لا بدّ أن يراد من يتوفّاكم فى هذه الآيه الفعل بالمباشره و أمّا لو كان اللّفظ من قبيل البيع أو المميت مثلا فلا يجب أن يراد منه أحد من المباشره و السّبب لإمكان إرادتهما منه و لو على نحو عموم المجاز

و بالجمله يراد من البيع معنى عامّا له مصاديق مختلفه فى كيفيّه صدور الفعل منهم على نحو التسبيب و المباشره و أمّا الثانى فعدم حنث المالك ببيع وكيله مضافا إلى اختصاصه بغير مورد الوكيل

فى إجراء الصّيغه لحنثه ببيعه أن عدم الحنث إنّما هو لاعتبار الالتفات و الاختيار فى متعلّق النّذر و أمّا البيع فلم يعتبر الاختيار و لا الالتفات فيه فيصدق فى حقّ الموكّل أنّه بائع و إن لم يلتفت إلى بيع وكيله و أمّا الثالث ففيه أنّ تعدّد الملّاك فى ملك واحد فى آن واحد إنّما يمتنع لو كان كلّ مالك فى عرض الآخر و أمّا فى المقام فملك الوكيل فى طول ملك المالك و من شئون ملكه و من باب أنّه هو الوكيل و الوكيل هو الموكّل

هذا مضافا إلى أنّ حكمه جعل الخيار تقتضى ثبوته للموكّل أيضا و بالجمله إذا كان الموكّلان حاضرين فى المجلس فالأقوى ثبوته لهما و إن لم يجتمعا للبيع و لم يعلما به أمّا اعتبار حضورهما فلظاهر قوله ع ما لم يفترقا أمّا عدم اعتبار اجتماعهما للبيع و التفاتهما به فلإطلاق الدّليل و عدم اعتبار شى ء سوى الاجتماع

ثمّ بناء على ثبوت الخيار للموكّلين و الوكيلين طوليّا فكلّ من سبق من الوكيل هو الموكّل على إعمال الخيار نفذ و ذهب موضوع حقّ الآخر و ذلك ظاهر كما يظهر توضيحه فى خيار الشّرط المجعول للأجنبىّ

قوله قدّس سره ثمّ على المختار من ثبوته للموكّلين فهل العبره فيه بتفرّقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرّق المتعاقدين أو بتفرّق الكلّ فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد وجوه أقواها الأخير إلى آخره

لا يخفى أن كفايه بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكّلين فى المجلس متنافيان و ذلك لأنّه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر فى الابتداء أيضا لأنّ استفاده الاجتماع فى المجلس إنّما هو من قوله ع ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرّق الموكّل ببقاء وكيله فى المجلس صدق اجتماعه أيضا ابتداء و إن لم يكن نفس الموكّل حاضرا فى المجلس رأسا لأنّ عدم صدق تفرّقه ليس إلّا أنّ الوكيل هو الموكّل تنزيلا فإذا كان كذلك فلا يعتبر حضوره أصلا فالأولى أن يقال لو كان الموكّلان حاضرين فى المجلس و لو لم يجتمعا للبيع فيثبت الخيار لهما مطلقا

و أمّا لو لم يحضرا فلو كان الوكيلان وكيلين فى إجراء الصّيغه فقط أو فى خصوص معامله خاصّه بحيث تنتهى وكالتها بالعقد فلا خيار أصلا لا للموكّلين و لا للوكيلين أما للوكيلين فلمّا ظهر سابقا

و أمّا للموكّلين فلعدم حضورهما و حضور الوكيلين لا يفيد لاجتماع البيعين اللّذين هما الموكّلان حقيقه فإن بعد انقطاع الوكاله ليس اجتماع لأحد أصلا و لا بدّ فى إعمال الخيار من اجتماع من له الخيار فلا يفيد حضور الموكّلين بعد العقد قبل تفرّق الوكيلين أيضا لأنّ حال البيع لا اجتماع و حال الاجتماع لا خيار

و بعباره أخرى يظهر من قوله ع ما لم يفترقا اعتبار اجتماع من له الخيار من حين البيع إلى حين إعمال الخيار فلو لم يحصل لا خيار فعلى هذا لو وكّلهما الموكّلان بالفسخ بعد العقد مع عدم حضور أنفسهما لا يصحّ لأنّ نفس وكالتهما فى إجراء الصّيغه أو فى المعامله لا يثبت لهما حقّا فى الفسخ و الإمضاء و إذنهما فى الفسخ و الإمضاء بعد عدم ثبوت الخيار لأنفسهما لعدم حضورهما لا يؤثّر فى ثبوت حقّ للوكيل لأنّ ثبوت حقّ له إنّما هو فرع ثبوته لموكّله

و أمّا لو كان الوكيلان وكيلين مفوّضـين مسـتقلّين فيكفى عدم تفرّقهما لثبوت الخيار للموكّلين و لو لم يجتمعا أصـلا و ذلك لما عرفت من أنّ الحقّ الثّابت للوكيلين إنّمـا هو لأنّهما بـدنا تنزيليين للموكّلين و لأنّ البائع فى الحقيقه هو الموكلين لأنّ البيع كسائر المشتقات

كقوله باع فلان داره موضع لمن انتقل عنه المال و المنتقل عنه المال هو المالك لا الوكيل فليس للوكيل حقّ فی عرض حقّ الموكّل و إنّما حقّه من شئون حقّ المالك و من حيث إنّه نازل منزلته فإذا كان المالك هو البيع و كان اجتماع الوكيل بمنزله اجتماع المالك فلا يعتبر حضور المالك أصلا

و بالجمله حيث إنّ الحقّ الثّابت للوكيل إنّما هو لكونه مالكا تنزيلا و لذا نختار فی المسأله الآتيه عدم انتقال حقّ الخيار الثّابت له إلی وارثه لكونه ذا حقّ من حيث وكالته لا من حيث ذاته فيكفی عدم تفرّقه للثّبوت حقّ للمالك و لو مع عدم حضوره و هذا مراد العلّامه قدس سره من أنّه لو مات الوكيل فی المجلس و الموكّل غائب انتقل حقّ الخيار إليه لأنّ ملكه أقوی أی خيار الموكّل باق و بموت الوكيل لا ينتقل إلی وارثه لأنّ ملكه من شئون ملك الموكّل و من تبعات وكالته و لم يكن له حقّ فی عرض حقّ الموكّل حتّی ينتقل إلی وارثه

و بالجمله لو كان حقّ الوكيل حقّا مستقلّا و كان الخيار ثابتا له و لموكّله بما هما شخصان كثبوت حقّ الخيار للورثه علی أحد الأقوال فيه لكان الانتقال إلی الوارث فی محلّه و كان المقام من تقديم الفاسخ علی المجيز و لازمه عدم ثبوت الخيار للموكّل مع عدم حضوره و سقوط حقّه مع افتراقه

و أمّا لو كان حقّه طوليّا و من باب أنّه هو الموكّل تنزيلا فلا وجه لانتقاله إلی وارثه و لا لثبوت حقّ الموكّل بعد فسخ الوكيل أو إمضائه و لا لاعتبار حضور الموكّل أو سقوط حقّه بتفرّقه بل لو قلنا باعتبار حضوره أيضا لا يسقط حقّ الخيار بتفرّقه ما دام الوكيل باقيا لأنّ التفرّق كالانفصال و سائر الأفعال الموجبه الّتی هی بمعنی التّنافيه لا يصدق إلّا مع تفرّق الجميع و ليس كالإيجاب الذی يصدق بأوّل وجوده

قوله قدس سره و ممّا ذكرنا اتّضح عدم ثبوت الخيار للفضوليّين إلی آخره

لا إشكال فی هذا أصلا لأنّه و إن صدق البيع علی الفضولی إلّا أنّ الوجوه الّتی ذكرناها فی عدم ثبوته لمجری الصّيغه جاريه هنا بل بطريق أولی إنّما الكلام فی ثبوته للمالكين لو كانا حاضرين فی مجلس عقد الفضوليّين و أجازا فی المجلس و لا يبعد ثبوته لهما لأنّ بالإجازه ينتسب العقد إليهما و المفروض حضورهما فی المجلس فيصدق عليهما البيعان الغير المفترقين

و لو لم يكونا حاضرين معا فی المجلس فلو لم يجتمعا فی مجلس الإجازه أيضا بأن أجازا متفرقين فلا إشكال فی عدم ثبوت الخيار لهما و أمّا لو حضرا فی مجلس الإجازه فيظهر منه قدس سره أنّه علی النّقل لا سيّما علی القول بأنّ الإجازه عقد مستأنف أن لثبوته لهما وجها

و لكن الحقّ عدم ثبوته لهما أيضا لأنّ النّقل أو الكشف لا مدخليّه له فی صدق البيع المجتمع حال البيع عليهما لأنّ الانتقال و إن حصل حال الإجازه إلّا أنّه لو احتمل خصوصيّه الاجتماع حال العقد فلا دافع لهذا الاحتمال و إطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهه و أمّا القول بأنّ الإجازه عقد مستأنف فمردود جدّا و ممّا ذكرنا أوّلا يظهر ما إذا كان أحد المالكين مباشرا للعقد و الآخر مجيزا و جمع العقد من الأصيل و الفضولی مع الإجازه مجلس واحد عرفا فإنّه لا يبعد ثبوت الخيار هنا فقط لأنّ

حين الإجازه يصدق عليهما البيع المجتمع

نعم لو كان مجلس الإجازه غير مجلس العقد فلا خيار لهما و إن اجتمعا معا حين الإجازه لعدم تأثير هذا الاجتماع أصلا لصيروره العقد فى بدو الأمر عقدا للأصيل و الآن للمالك فلا وجه لثبوته

[مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره ولايه أو وكاله]

قوله قدس سره مسأله لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره إلى آخره

لا يخفى أن ثبوت الخيار للعاقد الواحد المتولّى طرفى العقد يتوقّف على أن يكون قوله ع ما لم يفترقا و حتّى يفترقا بيانا للمسقط بحيث يكون قوله ع البيعان بالخيار كلاما مستقلا لا يرتبط بقوله ع ما لم يفترقا أى كان مفاد الكلام أنّ الخيار للبيعين ما داما فى المجلس و أمّا إذا افترقا فيسقط حقّهما و أمّا لو كان ظاهرا فى القيديّه للموضوع أى البيعان الغير المفترقين يثبت لهما الخيار فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الاجتماع و الافتراق فلو فقد هذا الوصف ابتداء كما فى المقام أو طرأ ثانيا كما إذا مات الوكيل المفوّض فى المجلس و لم نقل بانتقال حقّ الخيار إلى غيره و لم يكن المالك فى المجلس فلا خيار أصلا و الظّاهر أن قوله ع ما لم يفترقا قيد للموضوع فيعتبر ثبوته للبيعين اللّذين من شأنهما الاجتماع و الافتراق و لا أقلّ من الشكّ

نعم لو قيل بإجمال الأدلّه فمقتضى الاستصحاب الفرق بين ما إذا طرأ فقد هذا العنوان و ما إذا فقد ابتداء فيقال بثبوت خيار المجلس فى الأوّل و عدم قابليّته للسّقوط إلّا بمسقط آخر لعدم إمكان الافتراق و عدم ثبوته فى الثانى للشكّ فى ثبوته ابتداء

[مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]

[منها من ينعتق على أحد المتبايعين]

قوله قدس سره منها من ينعتق على أحد المتبايعين إلى آخره

لا يخفى أنّ صحّه هذا العنوان بناء على المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار تتوقّف على أن يكون البيع معاوضه حقيقيّه بأن ينتقل من ينعتق إلى ملك من ينعتق عليه و أمّا لو قيل بأنّه استنقاذ محض كاشتراء المسلم الأسير من الكفّار فلا يشمله أدلّه الخيار

ثمّ بناء على كونه بيعا معناه دخول المبيع فى ملك المشترى حقيقه و إن لم يستقرّ على ملكه لانعتاقه عليه قهرا و هذا هو المقصود من الملك التّقديرى فى باب أعتق عبدك عنّى أى الملك الحقيقىّ الغير المستقرّ الثّابت آنا ما لا الملك الفرضى كأنياب الأغوال و على هذا ينزل التّقديرى فى قول المصنف لا الفرضى و الحاصل أنّا إذا قلنا إنّ الملك فيمن ينعتق عليه تقديرىّ لا تحقيقىّ و لكن على نحو البيع الاستنقاذى لا على نحو التقديرى فى باب أعتق عبدك عنّى فإنّه تحقيقىّ فالأولى الاستدلال لعدم ثبوت الخيار بما ذكرنا من أنّ أدلّه الخيار لا تشمله فإنّه لا يصدق على المتعاقدين البيعان و إن أنشئا الملكيه فإنّ الإنشاء مقدمه للانعتاق لا بما ذكره المصنف

و حاصله أنّ بيعه ممّن ينعتق عليه إقدام على إتلافه فلا خيار للبائع و شراء المشترى من ينعتق عليه إتلاف له فى الحقيقه فلا خيار له فإن مع قصور أدلّه الخيار لا تصل النوبه إلى هذا الاستدلال

نعم ما ذكره قدس سره أيضا متين جدّا و لا يختصّ بمورد العلم و ذلك لأنّ المعامله الّتى أوجدها المتبايعان إذا كانت سببا

لإتلاف المبيع لا يبقى موضوع لتعلّق الخيار به و إن قلنا بتعلّقه بالعقد لا بالعين فإنّ التّفصيل بين تعلّقه بالعقد أو بالعين يؤثر فيما لو استقرّ الملك ثم تلف و أمّا لو كان نفس البيع سببا للتّلف فلا فرق بينهما كما لا فرق بين العلم و الجهل لو كان البيع من باب إيجاد السّبب

نعم لو قلنا بأنّ الانعتاق حكم شرعىّ مترتب على الملك فمجرّد علم المتبايعين به لا يؤثّر فى سقوط الخيار لأنّهما لم يقدما إلّا على بيع العبد و الانعتاق و الخيار حكمان مجعولان واردان على هذا الموضوع فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجّح

و على هذا فيمكن

أن يكون قوله فتأمّل راجعا إلى عدم الفرق بين مورد العلم و الجهل فى كلا طرفى النّفى و الإثبات أى يمكن أن يقال بثبوت الخيار حتى فى مورد العلم لأنّ الإقدام على موضوع ذى حكم ليس إقداما على الحكم و يمكن أن يقال بسقوط الخيار حتى فى مورد الجهل لأنّ إنشاء البيع إذا كان سببا للإتلاف فالجهل به لا يقتضى عدم تأثير السّبب كما فى كلّ ما كان من قبيل الأسباب و المسبّبات

نعم قد يتوهّم هنا إشكال آخر على أصل ثبوت الخيار أو سقوطه فإنّ النّزاع فيه إنّما هو بعد تحقّق القبض من المشترى ثم دعوى الرّجوع إلى القيمه لثبوت الخيار و امتناع تعلّقه بالعين أو سقوطه لعدم إمكان تلقّى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و إذا فرض أنّ البيع إتلاف للمبيع فلم يتحقّق القبض من المشترى و لكنّك خبير باندفاع هذا التوهّم لأنّ نفس انعتاقه عليه إقباض و إلّا يلزم أن يكون تلفه على البائع و لا يستحقّ شيئا من الثمن و القيمه

قوله قدس سره و قد يقال إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنىّ إلى آخره

هذا القول لصاحب المقابس قدس سره و محصّل مرامه أنّه لو قلنا بأن الانعتاق معلول للملك الّذى هو مترتب على العقد و الخيار فى عرض الملك فله الخيار بالنّسبه إلى القيمه كما هو مفروض كلامه لأنّ الملك و الخيار كليهما معلولان للعقد عرضا و الانعتاق معلول لأحد المعلولين فهو متأخّر رتبه عن علّته الّتى هى فى عرض المعلول الآخر إلّا أن يقال نسبه الخيار و الملك إلى العقد ليست نسبه المعلولين إلى العلّه حتّى يقال إنّ الانعتاق متأخّر رتبه عن الخيار حيث إنّه مترتّب على الملك الّذى هو فى عرض الخيار و ذلك لأنّ الخيار من أحكام العقد لا من معلولاته و الملك أيضا ليس معلولا له بل هو المنشأ به فإذا كان الخيار من أحكامه و كان له جهه الحرفيّه لا الموضوعيّه و الاسميّه بمعنى أنّه حلّ له من حيث المنشإ و إرجاع للإضافه المالكيّه فيمتنع إعماله فى المقام الّذى لا يمكن فرض مالكيّه المفسوخ عليه

و أمّا لو قلنا بأنّ الانعتاق و الخيار كليهما معلولان للعقد أو معلولان للملك و الخيار معلول للملك و الانعتاق للعقد ففيه وجهان

أحدهما السّقوط أمّا على الأخير فلسبق الانعتاق على الخيار و أمّا على الأوّلين فلأنصيّه أخبار العتق و لا يقال يمكن الجمع بينهما بتأثير العتق و رجوع ذى الخيار إلى القيمه لأنّ القيمه بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل

و ثانيهما الثّبوت للجمع بين الحقّين و لا يقال لا يمكن الجمع بينهما لتعارض النّصّين فإنّ التّعارض إنّما هو بالنّسبه إلى نفس العين و أما بالنّسبه إلى القيمه فلا منافاه أصلا بل هو عمل بالنصّين و مقتضى ثبوت حقّ الخيار الرّجوع إلى القيمه للإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن الثّمن و عن قيمه المبيع و تنزيلا للفسخ منزله الأرش من عدم سقوطه لو ظهر عيب فى المبيع مع انعتاقه على المشترى أى كما أنّ الانعتاق لا يوجب سقوط حق المشترى من الأرش لو ظهر المبيع معيبا فكذا لا يوجب سقوط حق البائع بالنّسبه إلى القيمه لعدم التنافى بينهما و ممّا ذكرنا ظهر أنّ جميع ما وجّه به الثبوت راجع إلى وجه واحد و هو ثبوت القيمه

نعم يرد على وجه السّقوط أنّ الأنصيّه لا توجب الترجيح فى المقام لأنّ تعارض أخبار الانعتاق و الخيار ليس من باب تعارض

الدّليلين بل نظير تزاحم الحقّين فأنصيّه أخبار العتق لا تفيد تقديمه على الخيار

قوله قدس سره أقول إن قلنا

إنّه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار و بالتقابل إلى آخره

محصّله أنّه لو قلنا بأنّ الفسخ يوجب خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه يمتنع الخيار فى المقامين الأوّل فى مسألتنا هذه لأنّ رجوع العمودين إلى ملك البائع يقتضى كون المشترى مالكا للعمودين و ذلك ممتنع لأنه لا يترتّب على ملكيه لهما سوى الانعتاق الثّانى فى ما لو انتقل بالملك اللّازم إلى الثّالث فإنّه يمتنع أن يرجع المبيع إلى البائع الأوّل مع أنّ المشترى الثّانى اشتراه من المشترى الأوّل و السّر فى ذلك ما ذكرناه من أن تقدير الملك ليس مجرّد الفرض بل له واقع غايه الأمر أنّه ملك غير مستقرّ و الملك الحقيقىّ الآنى يمتنع فى هذين المقامين نعم

فى مورد التّلف الحقيقىّ يمكن تقدير الملك قبل التّلف آنا ما للبائع و أمّا لو قلنا بأنّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردّ العين إن كانت موجوده و بدلها إن كانت تالفه أو بحكم التّلف فلا مانع من إعمال الخيار فى جميع المقامات

و الحقّ ذلك إذ لا موجب لتقدير الملك بل لا موجب لضمان من عليه الخيار فإنّ مجرّد تلف المبيع فى يد المشترى من مال البائع لا يوجب ضمان المشترى لماله لو لم يكن يده يد ضمان و لو كانت فلا موجب للتقدير و المفروض أن نفس المعامله اقتضت التّضمين بمعنى أنّ دركّ التّالف على من تلف عنده لأنّ حقيقه البيع تقتضى تضمين كلّ منهما لمال الآخر و معنى ضمانه أنّه لو تلف عنده يصير عوضه المسمّى ملكا مستقرّا للآخر فالعين قبل الفسخ مضمونه بثمنها و أمّا بعد الفسخ فمضمونه بقيمتها لو كانت تالفه لأنّ عدم إقدام المتبايعين مع قبض العوضين يقتضى ضمان كلّ منهما لمال الآخر فما دامت العين موجوده لو فسخ أحدهما ردّت العين و لو كانت تالفه ردّت قيمتها لأنّ بالفسخ ينحل المعامله فيرد الثّمن و يأخذ القيمه

إلّا أن يقال إنّ التّضمين الّذى يتصوّر فى هذا القسم من المعامله إنّما هو التّضمين من حيث أصل المعامله و هو جعل العوض للمبيع و جعل المعوّض للثمن بمعنى تبديل المال بالمال

و أمّا التّضمين المطلق الّذى يقتضى الضّمان بالمسمّى قبل القبض بحيث إذا تلف المبيع أو الثّمن انفسخت المعامله و ردّ الباقى منهما إلى مالكه الأصلى و يقتضى الضّمان بالمثل أو القيمه بعد القبض بحيث إذا تلف المقبوض و طرأ فسخ أو انفساخ أو إقاله يرد مثله أو قيمته إلى الطّرف فلا يعقل هنا لأنّه لا يمكن للبائع مثلا أن يلتزم بضمان المبيع و كون دركه عليه بالضّمان المطلق حتى فى مورد التّلف لأنّ معنى ضمانه كذلك أن يكون تلفه من ماله و لازمه أن يقدّر العبد ملكا له آنا ما قبل التّلف و لازمه عدم انعتاقه على المشترى و هذا ينافى حكم الشّارع به

و على هذا فلا يمكن أن تجرى القاعده الأخرى فى المقام و هى أنّ بالقبض ينتقل الضّمان لأنّ معنى هذه القاعده أنّ القبض يقتضى أن يكون تلف المقبوض على مالكه الفعلىّ عكس تلفه قبل القبض لأنّه على مالكه الأصلى و يقتضى أيضا انتقال الضّمان بالمسمّى إلى الضّمان الواقعىّ و هذه القاعده فرع القاعده الأولى فإذا لم يكن للبائع مثلا الالتزام بالمسمّى بالضّمان المطلق قبل القبض لم يكن له الالتزام بالضّمان المطلق بعد القبض بالضّمان الواقعى فلا يقدر على حل العقد بالفسخ و لا بالإقاله و ليس هذا العقد بعد صحّته قابلا لأن يطرأ عليه انفساخ فتدبّر

قوله قدس سره إلّا مع إقدام

المتبايعين على المعامله مع العلم إلى آخره

ذكرنا سابقا أنّ شراء من ينعتق لو كان من باب الاستنقاذ لا البيع الحقيقىّ فسقوط الخيار فى كمال الوضوح لإيجاد البائع ما هو سبب للإتلاف و أمّا لو كان من قبيل البيع الحقيقىّ كما هو ظاهر أكثر الأخبار من أنّه يملك فينعتق عليه فسقوطه مشكل حتّى فى مورد العلم إلّا على ما ذكرنا من أنّ المعامله الكذائيّه بنفسها سبب للإتلاف و لا يقاس على ما إذا باع عبدا و شرط عتقه على المشترى لأنّ مجرّد الشّرط ليس سببا للعتق فإنّ للشارط إسقاط شرطه فالبيع بشرط العتق ليس سببا للإتلاف و هذا بخلاف بيع من ينعتق على المشترى قهرا و هكذا لا يقاس على ما إذا شرط البائع على المشترى تصرّفا ناقلا أو أذن له فى التصرّف النّاقل أو التّالف فإنّ مجرّد الشّرط و الإذن مع إمكان إسقاط الشّرط أو الرّجوع عن الإذن ليس موجبا لسقوط حق الخيار لأنّه ليس سببا لإتلاف المبيع

و بالجمله التصرّف بلا إذن و الإذن بلا تصرّف من المأذون ليس موجبا لسقوط حقّ الخيار بخلاف المقام فإنّه كالإتلاف الخارجىّ و السّر فيه أنّ الخيار يثبت بالنّسبه إلى القيمه فى مورد لا يكون من أحد المتبايعين إقدام على المجانيّه و فى المقام مع علم البائع بأنّ المبيع ينعتق على المشترى لا يمكن تضمينه إيّاه و إذا امتنع التّضمين امتنع الفسخ فامتنع الخيار

[و منها شراء العبد نفسه]

قوله قدس سره و منها شراء العبد نفسه إلى آخره

مفروض المسأله هو ما لو اشترى نفسه من مولاه بماله لنفسه و بعد فرض كون العبد مالكا للمالك كما يظهر فى باب المكاتبه و فاضل الضّريبه يرد إشكالان فى المقام الأوّل أنّه و إن كان العبد مالكا إلّا أنّه و ملكه ملك للمولى و فى البيع يشترط أن يكون الثّمن و المثمن مختلفين مالكا لأنّه تبديل طرف إضافه بطرف إضافه لشخص آخر و ليس تبديلا مكانيا فلا يعقل أن يبدّل الإنسان أحد ماليه بالآخر و فى المقام نفس العبد ملك للمولى و الثّمن الّذى هو ملك للعبد ملك للمولى أيضا فكيف يبيع عبده بمال عبده الّذى هو ماله الثّانى أنّ العبد كيف يملك نفسه مع أنّه لا يعقل أن يتّحد الملك و المالك

فصحّه هذه المعامله تتوقّف على دفع الإشكالين فنقول أمّا الأوّل فمدفوع بكفايه التعدّد اعتبارا و ذلك لأنّ الثّمن و إن كان ملكا للمولى إلّا أنّه ملكه طولا لا فى عرض ملكه للعبد فإنّ الملك الواحد لا يجتمع عليه مالكا عرضا و أمّا طولا فلم يقم على امتناعه دليل فالثّمن الّذى يملكه العبد و إن كان ملكا للمولى إلّا أنّه ملك له طولا و المثمن و هو العبد ملك للمولى بلا واسطه فيجوز تبديل ملك له بلا واسطه بملك له بواسطه ملكه لصاحب المال فاختلف المالكين اعتبارا و دفع الثانى بأنّه لا مانع من تملّك الإنسان لنفسه بمعنى أنّه كان أوّلا رقا و منافعه ملكا للغير فإذا اشترى نفسه صار حرّا أى لا يملك منافعه أحد و لا ينافى ملكته لنفسه عدم تسلّطه على بيع نفسه فإنّ الملكيه لا تلازم السّلطنه المطلقه

و كيف كان فموضوع البحث فى المقام أنّه بعد الفراغ عن صحّه شراء نفسه لنفسه فهل فيه خيار له أو لمولاه أو كليهما أو لا مطلقا وجوه الظّاهر عدم الخيار أمّا بالنّسبه إلى العين فلأنّ الحر لا يعود رقّا و أمّا بالنسبه إلى القيمه فلما عرفت فى المسأله السّابقه

من أنّ الخيـار يتعلّق بمـا فيه تضـمين و مع علم المولى بـأنّه عبـده و علم العبـد بـأنّ اشتراء نفسه موجب لمـالكيّته لنفسه المساوق للحريّه لا يعقل تضمين معاملى حتّى ينتقل الضّمان

إلى القيمه

و بالجمله فى بيع من ينعتق على المشترى لمّا امتنع تضمين البائع المشترى لعلمه بتلفه عليه قهرا امتنع الخيار بالنّسبه إلى الطرفين و فى مسألتنا هذه امتنع التّضمين من كليهما العلم المولى بحريّه العبد بمجرّد شرائه نفسه فيمتنع تضمينه بالنّسبه إلى المبيع و علم العبد بأن الثّمن ملكك لمولاه لأنّه و ما فى يده لمولاه فيمتنع تضمينه للثمن فسقوط الخيار فيها أولى من مسأله شراء من ينعتق على المشترى

قوله قدس سره و فيها أيضا أنّه لو اشترى جملا فى شدّه الحرّ ففى الخيار إشكال إلى آخره

لا يخفى أنّ المحقّق الثّانى وجّه الإشكال بأن كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن إعمال الخيار فيه ثم أورد عليه بأنّ الخيار لا يسقط بالتّلف و وجّهه المصنف قدس سره بأنّه يحقل اعتبار قابليّه العين للبقاء بعد العقد فى تعلّق الخيار بها ثم تأمّل فيه و لعلّ منشأ تأمّله أنّ مجرّد احتمال اعتبار البقاء ما لم يقم عليه دليل لا يوجب تقييد إطلاق أدلّه الخيار و لا يخفى أن إيراد جامع المقاصد على ما أفاده فى منشإ الإشكال و تأمّل المصنف على ما ذكره فى منشئه واردان على البيان الّذى ذكراه فإنّ كون المبيع تالفا صغرى لا تندرج تحت كبرى مسلّمه و احتمال اعتبار قابليّه العين للبقاء دعوى بلا دليل

و أمّا لو قرّر الإشكال بما مرّ نظيره فى بيع من ينعتق على المشترى و شراء العبد نفسه فلا يندفع بما أفاده و بيان ذلك أنّ مورد تعلّق الخيار إنّما هو فيما إذا ضمّن كل من المتبايعين الآخر بماله و مع علمهما بتلف المال خارجا أو شرعا أو عاده فلا تضمين و إذا امتنع التّضمين امتنع الفسخ فامتنع الخيار

و بعباره أخرى مورد خيار المجلس هو البيع الّذى لم يكن بناء المتعاقدين على الإعراض عن العوضين و مع علمهما بأنّ المال بمجرّد البيع يخرج عن الماليّه إمّا شرعا أو عاده فقد أقدما على ذهاب مالهما و فى بيع من ينعتق على المشترى نفس البيع سبب للإتلاف شرعا و هكذا شراء العبد نفسه سبب للإتلاف شرعا للملازمه بين ملكيّه النّفس و الحريّه و أمّا بيع الجمل فليس سببا للإتلاف بل شدّه الحر سبب له و لذا اتّفقوا على سقوط الخيار بالنّسبه إلى الأوّلين و اختلفوا بالنّسبه إلى الأخير

[مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شى ء من العقود سوى البيع]

قوله قدس سره لا يثبت خيار المجلس فى شى ء من العقود سوى البيع إلى آخره

لا إشكال فى عدم ثبوت خيار المجلس فى شى ء من العقود الجائزه سواء كانت جائزه حقّا كالعقود الإذنيّه أو حكما كالهبه الغير المعوّضه لأنّ جعل الخيار فيها لغو بل ظاهر دليل خيار المجلس أنّ مورده العقد الّذى من شأنه اللّزوم لو لا الخيار و الهبه و إن أمكن طروّ اللّزوم عليها كما لو تلفت العين الموهوبه إلّا أنّ لزومها ليس لسقوط الخيار بل لو طرأ الملزم فى المجلس أيضا يلزم الهبه

و على هـذا فينبغى توجيه كلام الشيخ فى دخول الخيار فى مثل الوكاله بأنّ مراده من دخول الخيار فى هـذه العقود تعلّقه بها إذا وقعت فى ضـمن عقد البيع بنحو النّتيجه فتنفسخ الوكاله بفسخ البيع تبعا و هذا و إن لم يكن من الخيار فى الوكاله بل هو فى البيع إلّا أنّه بملاحظه سائر كلمات الشّيخ من عدم تعلّق الخيار بالوكاله و أمثالها لا محيص عن هذا التّوجيه

و بالجمله لا معنى لثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه إنّما الكلام فى ثبوتها فى العقود المعاوضـيّه اللّازمه كالصّلح و الإجاره و سـائر العقود من الرّهن و القرض ممّا يلحق بالعقود المعاوضـيّه و الحقّ عـدم ثبوته فيها أصـلا لاختصاص أدلّته بالبيع و لا يقال على سائر أحكام المبيع مثل كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع و خيار العيب و نحو ذلك على ما هو الظاهر

من الفقهاء من إجرائها فى سائر العقود المعاوضيّه و ذلك لما يظهر فى محلّه من أنّ سائر أحكامه الّتى أجروها فى سائر العقود إنّما هو لدلاله أدلّتها على أنّ منشأ ثبوتها فى البيع إنّما هو لكونه معاوضه لا من جهه خصوص البيعيّه

و بعباره أخرى كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع مثلا إنّما هو لاقتضاء الضّمان المعاوضى ذلك لا لتعبّد شرعيّ صرف و هكذا خيار العيب إنّما هو للاشتراط الضّمنى الّذى بناء كلّ عاقد عليه لا للتعبّد المحض و إن أعمل فيه التعبّد أيضا من جهه الخيارين الرّد و الأرش إلّا أن أصل جعله ليس تعبّديا صرفا و هذا بخلاف خيار المجلس فإن وجه ثبوته ليس إلّا التعبّد الصرف فلا يتعدى من البيع إلى غيره

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

لا إشكال فى ثبوت خيار المجلس فى الصرف و السّلم لو تحقّق القبض فى المجلس إنّما الإشكال فى ثبوته فيهما قبل القبض و منشأ الإشكال أنّ الخيار ملك فسخ العقد و الفسخ إنّما يتعلّق بالعقد الصحيح و المفروض أنّ الصحّه تتوقف على القبض و تنقيح ذلك يتوقف على بيان أمور الأوّل أنّ المجلس الّذى يعتبر القبض فيه فى الصرف و السّلم لا يشترط أن يكون مجلس العقد بل يكفى القبض فيهما ما لم يفترق المتبايعان و إن خرجا عن مجلس العقد

و يدلّ عليه قوله ع و إن نزى حائطا فانز معه فيستفاد منه كفايه القبض قبل التفرّق و إن فارقا مجلس العقد مصطحبين الثّانى إذا صار أمران سببا لانفساخ العقد ينسب الفسخ إلى أسبق السّببين لو كان الثّالث ذكر العلّامه وجهين لوجوب القبض شرعا أحدهما مختصّ بالصرف و ثانيهما مشترك بينه و بين السّلم

أمّا المختصّ فهو لزوم الرّبا و يجب أن يحمل كلامه على لزومه فى الجمله و هو لو كان الثّمنان من جنس واحد كالذّهب بالذّهب مثلا فإنّه لو أقبض أحدهما مثقالا من الذّهب و لم يقبضه الآخر إلى مدّه يلزم الرّبا لأنّ للأجل قسطا من الثّمن و المثقال النّقدى أزيد قيمه من النّسيئه فيلزم الرّبا و هذا الكلام و إن لم يخلو عن إشكال إذ لا نقيصه إلّا إذا شرط التأجيل لا إذا كانت المعامله نقديّه و لم يسلّم أحدهما العوض فإنّه لا رباء فيه إلّا أنّه لا يرد عليه المناقشات الّتى ذكرها بعض المحشين

و أمّا المشترك فهو وجوب الوفاء بالعقود و لا يقال بعد شرطيّه القبض فى صحّه العقد لا عقد حتى يجب الوفاء به لأنّا نقول التّخصيص الوارد على العقود اللّازمه قد يرد على جميع آثارها و قد يرد على بعضها فمن الأوّل الخيار فإنّ العقد المشتمل على إنشاء التبديل مطابقه و على التعهّد بما أنشأه التزاما و على الشّروط الضّمنيه كنقد البلد و التّسليم و التسلّم و السلامه من العيب و عدم الغبن إذا خصّص مدلوله بدليل الخيار الموجب لملك فسخ العقد و إقراره يكون جميع مراتبه خياريا و لذا لا يجب التّسليم و التسلّم فيه كما أنّ له فسخ العقد أى عدم الوفاء بما تعهّده التزاما و من الثانى القبض فى الصرف و السّلم فإنّه معتبر فى الملكيّه لا فى أصل العقد و لا فى وجوب الالتزام بما التزم به و يؤيّد ذلك بل يدلّ عليه الخبر المذكور و هو إذا نزى حائطا فانز معه فإنّه

لو كان أصل العقد و صحّه المنشإ به موقوفا على القبض لم يكن وجه لتعقيب أحد المتبايعين الآخر فى تحصيل القبض

و بالجمله دليل الخيار ناظر إلى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و العقد المتضمّن للشّرائط الضّمنيّه الّتى منها التّسليم

و التسلّم إذا خصّص بدليل الخيار لا يجب الوفاء به فى زمان الخيار بالنّسبه إلى التّسليم و التسلّم أيضا لحكومه دليل الخيار على مثل النّاس مسلّطون فلا يرد إشكال المحقّق الأردبيلى بأنّ منع أحد المتبايعين عن الإقباض لا يسوّغ ظلم الآخر و ذلك لأنّ وجوب الإقباض لو كان من باب تسليم مال الغير لكان إشكاله فى محلّه و أمّا لو كان من جهه الشّرط الضّمنى الّذى خصّص بدليل الخيار فلا يرد إشكاله و أمّا دليل اعتبار القبض فى الصرف و السّلم فليس ناظرا إلى العقد بل القبض شرط للملك فلا ينافيه وجوب التّسلم و لا مانع من تعلّق خيار المجلس بهما فيكون مبدؤه العقد ثم إنه لا تنافى بين كون القبض شرطا للملكيّه و كون الإقباض واجبا شرعا لحقّ مالكىّ لأنّه لو كان استفاده الشّرطيّه و الوجوب التّكليفى كلاهما من الأخبار الآمره بالقبض لكان من باب استعمال المشترک فى معنييه و أمّا لو كانت الشّرطيّه مستفاده من الأخبار و الوجوب التّكليفى من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فلا إشكال أصلا

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه لو قلنا بوجوب القبض فى الصرف و السّلم لحقّ شرعىّ مالكىّ و لذا يصحّ الإقاله فيهما فمبدأ الخيار من حين العقد و ثمرته ظاهره و أمّا لو لم نقل بوجوبه فمبدؤه بعد القبض إذا كان المجلس باقيا و ذلک لأنّه لو لم نقل بوجوبه إمّا لما ذكره الأردبيلى من أنّ وجوب القبض من باب وجوب ردّ المال إلى مالكه فلو لم يكن كلّ عوض ملكا للآخر فلا معنى لردّه و إمّا لاعتبار القبض فى أصل العقد لا فى الملك فالعقد قبله غير تامّ و على أىّ حال لا وجه لتعلّق الخيار بالعقد قبل القبض لأنّ الخيار يتعلّق بالعقد الّذى لولاه لكان العقد لازما فإذا لم يكن كذلک فلا معنى لتعلّق الخيار به و لا يقاس على الخيارين العرضيّين اللّذين يردان على العقد لأنّ كلّا منهما لو لم يكن لكان العقد لازما من هذه الحيثيّه و لو لم يكن لازما مطلقا و هذا بخلاف عقد الصرف مثلا فإنّه و لو لم يكن خياريا أيضا لم يكن لازما

و بعباره أخرى الخيار هنا فى طول القبض و مترتّب عليه و ليس من قبيل الخيارين العرضيّين اللّذين يؤثر كلّ منهما أثرا خاصّا فمجرّد إمكان الأثر للخيار كما يظهر من المصنف قدس سره لا يفيد فى ثبوته لو دلّ الدّليل على تعلّقه بما لولاه لكان لازما و لو من هذه الحيثيّه فتأمّل جيّدا

ثم إنّه يمكن أن يكون قول صاحب الدّروس قدس سره ناظرا إلى هذا القول بأن يكون مراده من اللّزوم فى قوله فإنّ للقبض مدخلا فى اللّزوم اللّزوم المستفاد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا اللّزوم مقابل الصّحه أى بدون القبض لا يجب الوفاء بالعقد لأنّ للقبض دخلا فى وجوب الوفاء به

قوله قدس سره و ممّا ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدإ الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليّين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما إلى آخره

أى ممّا ذكرنا من أنّه لو قلنا بعدم وجود التّقابض ففى أثر الخيار خفاء ظهر أنّ الخيار الثابت للمالكين فى باب الفضولى مبدؤه حين الإجازه و ذلک لأنّ الخيار الثّابت هنا إنّما ثبت للبيّع و البيّع هو المالک بعد الإجازه لأنه ليس قبلها بيّعا من غير فرق بين الكشف و النّقل لأنّ الإجازه و إن كانت إنفاذ العقد الفضولىّ و العقد سابق عليها إلّا أنّ أثر كونها إنفاذ المنشأه إنّما هو ترتيب آثار الملكيّه من حين العقد لا إثبات البائعيّه

للمجيز لأنّ البائعيّه إنّما يثبت بالوجود التّكوينى للإجازه

و بعباره أخرى بعد العلم بأنّ صحّه عقد الفضولىّ تتوقّف على أن لا يكون فعل الفضولى علّه تامّه لترتّب أثره عليه كترتّب الإيلام على الضرب فإنّه بالإجازه لا يستند إلى المجيز و بعد العلم بأنّ النزاع فى الكشف و النّقل إنّما هو فيما يرجع إلى فعل غير المالک بحيث كانت الإجازه و نحوها إنفاذ الأمر سابق عليها كإجازه المرتهن و العمّه و الخاله و كأداء الزكاه ممّن باع المال الزّكوى يظهر أنّ الإجازه من المالک فى المقام تؤثر فى استناد المسبّب و التّمليک إلى نفسه و لو من حين عقد الفضولى و لا يمكن أن تؤثّر فى صدق البائعيّه عليه من ذلک الحين و كما لو عقد فضولى و أجازه فضولىّ آخر ثم أجاز المالک تلک الإجازه لا تؤثر إجازته فى الإجازه السّابقه بل بنفسها إجازه من المالک لأنّ حيثيّه الإجازه مترتّبه على وجودها التكوينى فكذلک صدق البائعيّه فى المقام مترتب على وجودها التكوينى و نزاع الكشف و النّقل جار فى ما هو القابل لتعلّق الإجازه به و لذلک لم يجر هذا النّزاع فى القبض المعتبر فى الصرف و السّلم و فى قبول المشترى و أمثالهما ممّا هو بنفسه أحد أركان العقد

[القول فى مسقطات الخيار]

[مسأله لا خلاف ظاهر فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد]

اشاره

قوله قدس سره لا خلاف ظاهر فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد إلى آخره

لا يخفى أنّ عمده الإشكال المتصوّر فى هذا المسقط أحد الإشكالين على سبيل المنفصله الحقيقيّه فإنّ اشتراط سقوطه فى متن العقد إمّا يرجع إلى إسقاط الخيار فيرد عليه أنّه إسقاط لما لم يجب أو يرجع إلى عدم كون هذا العقد خياريا فيرد عليه أنّ هذا الشّرط مخالف للكتاب و السّنه مضافا إلى لزوم الدّور لأن عدم كون العقد خياريا يتوقّف على لزوم الشرط و لزومه يتوقف على عدم كونه خياريّا لأنّه لو كان جائزا لكان الشّرط فى ضمنه كذلک أيضا

و أمّا سائر الإشكالات فلا يرد أصلا أمّا تعارض دليل الشّرط مع دليل الخيار ففيه أنّه لو كان الشّرط راجعا إلى الإسقاط لا ينافيه الخيار حتّى يرجّح دليل الشّرط بعمل الأصحاب أو بالحكومه لأنّه مع ثبوت الخيار فقد أسقطاه و لو رجع إلى عدم كون العقد خياريا فليس المعارض إلّا مخالفه الشّرط للسّنه الدالّه بالإطلاق على ثبوت الخيار فى كلّ عقد

و أمّا مخالفه الشّرط لمقتضى العقد ففيه أنّ الخيار ليس مقتضاه بل من الأحكام الشّرعيّه الثّابته له فليس شرط سقوطه مخالفا لمقتضاه كما لا يخفى فالعمده أحد الإشكالين و لا يمكن أن يراد فى عرض واحد على موضوع واحد لأنّ الشّرط لو رجع إلى الإسقاط فليس مخالفا للكتاب فهو كإسقاطه بعد العقد و لو لم يرجع إليه فليس إسقاطا لما لم يجب

إذا عرفت ذلك فنقول ذكر المصنف قدس سره ضابطا لامتياز الشّرط المخالف عن غيره و هو أنّه لو كان ملاك الحكم بنحو العليه لشرط المخالف له مخالف للكتاب و لو كان بنحو الاقتضاء فلا يكون مخالفا له و هذا و إن تمّ ثبوتا إلّا أنّه لا يتمّ إلّا بالوحى أو الإلهام إثباتا لأنّ معرفه أنّ ملاك الحكم بنحو العليّه أو الاقتضاء لا تحصل إلّا للأولياء فالأولى أن يقال إنّ الحكم إمّا تكليفيّ أو وضعيّ و التكليفيّ إمّا اقتضائيّ أو تخييرى فلو كان تكليفيّا اقتضائيا فالشّرط المخالف له مخالف للكتاب لأنّ وجوب الصّلاه أو حرمه الخمر يشمل بإطلاقه مورد شرط التّرك و الشّرب إلّا أن يدلّ دليل على خلافه فيستكشف به أن الوجوب

أو الحرمه مشروط بعدم الشّرط أو النّذر كما دلّ الدّليل على صحّه نذر الإحرام قبل الميقات و لو كان تخييريّا فالشّرط المخالف له ليس مخالفا للكتاب فإنّ شرط عدم شرب الماء لا ينافى إباحته إلّا أن يدلّ دليل على خلافه كما ورد أنّ شرط ترک التسرّى و التّزويج لا ينفذ فإن به يستكشف أنّ الشّارع أراد إباحه التسرى مطلقا

و بالجمله مقتضى الأصل فى طرف الاقتضاء و التخيير متعاكس و لو كان وضعيا فإمّا من الحقوق أو من الأحكام فلو كان حقّا فشرط سقوطه لا ينافى الكتاب و لو كان حكما كميراث الزّوجه الدّائمه و عدم الإرث للمتمتّع بها فالشّرط المخالف له مخالف للكتاب إلّا إذا ثبت خلافه إذا عرفت ذلک ظهر أنّه لو كان الشّرط راجعا إلى عدم كون هذا العقد خياريا فهو شرط مخالف للكتاب إذا ثبت خلافه إذا عرفت ذلک لو كان الشرط راجعا إلى عدم كون هذا العقد خياريا فهو شرط مخالف إلى هنا

و لا يقال إنّ الأحكام الثّابته للأشياء بعنوانها الأولى ثابته لها اقتضاء لو خليت و طبعها فلا ينافى طروّ عنوان ثانوى لها رافع لحكمها لأنّا نقول لو كان دليل الشّرط مثل دليل لا ضرر و لا حرج لكان كذلک و أمّا لو اعتبر فى نفس دليل الشّرط عدم كونه مخالفا للكتاب فعمومه حيث خصّص لا يرفع حكم الواجب أو الحرام

نعم لو دلّ دليل خاص على صحّه هذا الشرط نستكشف أنّ ملاک الحكم الوجوبىّ أو التحريمىّ تامّه فى غير مورد الشّرط و أمّا الأدلّه العامّه فلا يمكن حكومتها على أدلّه الأحكام الوجوبيّه أو التّحريميّه بل إطلاق دليل الحكم أو عمومه يدخل الشّرط فى المستثنى

نعم لو أغمضنا عن هذا الإشكال و أجبنا عنه بما أجاب به المصنف قدس سره لا يرد إشكال الدّور لأن الشّرط فى العقد الجائز و إن لم يكن لازم الوفاء إلّا أنّ لزوم هذا الشّرط لا يتوقّف على لزوم العقد و لا لزوم العقد على لزوم هذا الشّرط لأنّ اشتراط عدم كون البيع خياريّا يرجع إلى أنّه ليس فى هذا العقد ما يوجب الفسخ

و بعباره أخرى و لو لم يكن فى البين مثل المؤمنون عند شروطهم إلّا أنّ وجوب الوفاء بالعقد كاف فى لزوم الشّرط لأنّه لو لم يكن هذا البيع خياريا يبقى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على حاله و يمكن أن يكون هذا مقصود المصنف قدس سره من أنّ عموم وجوب الوفاء بالشّرط عين لزوم العقد لا ما هو ظاهره من أنّه استفاد لزوم الشّرط من قوله المؤمنون عند شروطهم فإنّ الإشكال بحاله لأن لزوم الوفاء بالشّرط يتوقف على كون العقد لازما و المفروض أنّ لزومه متوقّف على عدم كونه خياريا

و بالجمله فالأولى أن يقال إذا لم يكن فى البين خيار فالعقد لازم يجب الوفاء به و هذا الشرط راجع إلى كون العقد لازما غير خيارى فلا توقّف أصلا ثم إنّ هذا كلّه لو كان الشّرط راجعا إلى عدم كون هذا العقد خياريا و أمّا لو رجع إلى عدم كون المشروط عليه ذا خيار أى إلى إسقاط حقّه فالإشكال بأنّه إسقاط لما لم يجب غير وارد لأنّ إسقاط ما لم يجب الرّاجع إلى هبه ما لا يملكه الواهب هو إسقاط حقّ لم ينشأ سببه أصلا كالإسقاط قبل العقد

و أمّا لو وجد سببه و لو لم يحصل فعلا فلا مانع عن إسقاطه قال فى التّذكره لو وكّله فى شراء عبد و عتقه و فى تزويج امرأه و طلاقها و استدانه دين و قضائه صحّ انتهى ففى كلامه إشاره إلى أنّ ما اشترط فى الوكاله من كون المتعلّق مملوكا للموكل لا

يجب أن يكون ملكا فعليا بل إذا حصل المقتضى للملكيّه صحّ الوكاله فيه بخلاف ما إذا لم يحصل سببها أصلا كما لو وكّله

فی طلاق زوجه سینکحها أو أسقط الموکل خیار المجلس حین توکیله للبیع أو شرط فی ضمن عقد لازم سقوط الخیار فی العقد الّذی سیوجده

و بالجمله لا إشکال فی صحّه الرّهن الواقع بعد إنشاء البیع کما لو قال البائع بعته و ارتهنته أو قال المشتری اشتریته و رهنته و أمثال ذلک ففی المقام یصحّ إسقاط الخیار بعد إنشاء البیع و اشتراط سقوطه فی ضمنه و یدلّ علیه المکاتبه المذکوره فی الکتاب فإنّ الزّوجه إذا صارت حرّه بأداء مال الکتابه فهی مختاره فی إقامتها مع زوجها العبد و مفارقتها إیّاه مع أنّه ع أجاز شرط عدم الخیار لها قبل الحرّیه و لیس إلّا لأنّ التشبث بالحریّه یکفی لإسقاط الخیار

و لکن الأولی أن یقال إن اشتراط سقوطه فی متن العقد و إن لم یکن إسقاطا لما لم یجب إلّا أنّه لا لما هو ظاهر کلام المصنف من تحقّق المقتضی فإن وجوده من دون وجود الجزء الآخر من العلّه لا یوجب إمکان الإسقاط الفعلی بل لأنّ معنی الخیار هو ملک الالتزام و محلّه فی متن العقد و الإسقاط یرجع إلی تفویض ملک الالتزام الّذی ملکه بالعقد أو یملکه بعد إلی صاحبه فیرجع الإسقاط إلی دفع الحقّ لو کان الخیار متوقّفا علی أمر غیر حاصل کخیار الغبن بناء علی کون ظهوره شرطا شرعیا له

و ببیان آخر إن مرجع سقوط الخیار إلی سقوطه فی مرتبه وجوده لا إلی إسقاطه فعلا و حیث إنّ رتبه وجوده متأخّره عن رتبه الملکیّه ففی عالم الإنشاء أیضا إذا کان متأخرا عن إنشاء الملک یصحّ إنشاؤه و یکون من قبیل إنشاء الحکم علی الموضوع المقدر وجوده

قوله قدس سره ثمّ إنّ هذا الشرط یتصوّر علی وجوه إلی آخره

الوجه الأوّل راجع إلی شرط النّتیجه و لا شبهه أنّ النتیجه تحصل بالشّرط لو لم یجعل الشّارع حصولها من سبب خاصّ کالطّلاق و العتق و النّکاح و أمثالها فإنّ الشرط کالنّذر یتحقّق به ما یتحقّق بالنذر و فی المقام لم یجعل الشّارع لسقوط الخیار سببا خاصّا فیسقط بمجرّد الشّرط و أمّا الوجه الثّانی و الثّالث فیرجعان إلی شرط الفعل فالثّانی کما لو شرط أن لا یبیع من زید و الثالث کما لو شرط أن یبیع منه فلو باع منه علی الثّانی یبطل البیع لفساد المعامله إذا تعلّق النّهی بها من حیث المسبّب و ذلک لأنّ الشرط یوجب سلب قدره المالک علی البیع من زید کما أنّه یبطل لو باع من غیر زید علی الثّالث لعدم قدرته علی البیع من غیر زید بالشرط فتصیر المعامله من جهه تخصیص النّاس مسلّطون بأدلّه الشّرط منهیّا عنها بالنّهی النّفسی لا من جهه أنّ وجوب البیع من زید یوجب النّهی عن ضدّه حتّی یقال إنّ الأمر بالشّی ء لا یقتضی النّهی عن الضّد و علی فرض الاقتضاء النّهی الغیری لا یوجب الفساد و ذلک لأنّ المعامله مضافا إلی اعتبار لصحّتها من حیث شرائط العقد و العوضین و المتعاقدین یعتبر أن یکون إیجادها مقدورا لمالکها فتفسد إذا لم تکن مقدوره شرعا بالشّرط

قوله قدس سره و کیف کان فالأقوی أنّ الشرط الغیر المذکور فی متن العقد غیر مؤثّر إلی آخره

و السّر فیه ما ذکرناه مرادا من أنّ القصود و الدّواعی غیر معتبره فی العقود ما لم ینشأ لفظ علی طبقها فمجرّد وقوع العقد مبنیا علی شرط مع عدم ذکره فی متن العقد لا یؤثر فی سقوط الخیار و ذلک لأنّ الشّرط إلزام مستقلّ لا یرتبط بالعقد فارتباطه به

يتوقّف على الالتزام به فى العقـد و مجرّد البناء عليه ليس التزاما به و لا يقاس على أوصاف العوضـين كالحنطه الحمراء أو لا على الشّروط

الّتی جرت العاده و العرف علی الالتزام بها فی العقد

أمّا الأوصاف فلأنّها لو ذكرت قبل العقد فذلك يوجب انصراف العوض إليها فی العقد فلا يحتاج إلی إنشاء علی حدّه و أمّا الشّروط فسواء كانت من شروط العوضين كالسّلامه من العيوب الّتی هی من قيود العوضين أم كانت من الشّروط الّتی كان بناء العرف و العاده عليها كالتّسليم و التسلّم فإنشاء العقد إنشاء لها لأنّها من لوازم ألفاظ العقود فكما أنّه ينشأ بها معانيها المطابقيّه فكذا مداليلها الالتزاميّه و هذا بخلاف الشّرط الخاصّ للعاقد الخاصّ فإنّه ليس من المداليل الالتزاميّه و ليس كالشّروط النّوعيّه و كالأوصاف فليس هو المنشأ فی العقد إلّا مع ارتباط العقد به صريحا أو إشاره كأن يقول بعت علی ما ذكر

و بالجمله بعد ما عرفت من أنّ المراد من اشتراط الإسقاط فی متن العقد هو عدم فسخ العقد لا عدم كون العقد خياريا فليكن المراد من اشتراط سقوطه قبله هو هذا المعنی و ذلك لو أشير فی العقد إليه يرتبط العقد به و لم يكن إسقاطا لما لم يجب و أمّا لو لم يذكر فی العقد فهو من الشّروط الابتدائيّه الّتی لا يجب الوفاء بها و إن وقع العقد مبنيا عليها لأنّ مجرّد البناء لا يفيد شيئا

و حاصل الفرق أنّ ذكر الأوصاف قبل العقد يوجب اعتبارها فی العوض و عدم مقابله شی ء من الثمن مع الوصف لا يوجب أن يتعلّق الإنشاء بالموصوف دون الوصف و أمّا الشّرط كالخياطه مثلا فلا يمكن أن ينشأ بالإنشاء المتعلّق بالمشروط فيه لأنه أمر خارج فيحتاج إلی إنشاء مستقلّ إمّا مطابقه أو التزاما كالشّروط النّوعيّه المنشأه بالالتزام

[فرع ذكر العلّامه موردا لعدم جواز اشتراط نفی خيار المجلس]

قوله قدس سره فرع ذكر العلّامه إلی آخره

لا يخفی صحّه هذا النّذر لأنّ العبد و إن خرج عن ملكه بالبيع إلّا أنّه حيث يمكن إرجاعه إلی ملكه بالخيار فيصحّ النّذر و لا يجوز له شرط عدم الخيار لأنّ إسقاط الخيار مناف للنّذر و التصرفات المنافيه له خارجه عن سلطنه النّاذر بسبب نذره و قول بعض المحشين إنّ إسقاط الخيار إنّما لا يصحّ فيما لا يمكن فيه الإقاله أو الشّراء و أمّا لو أمكن فلا مانع من إسقاطه غير وجيه لأنّ الإقاله أو الشّراء أو الاستيهاب ليس تحت قدره النّاذر لأنّ تحقّق هذه العناوين يتوقّف علی إراده شخص آخر و قد لا يريدها و ما هو تحت قدرته إعمال الفسخ فيجب علی النّاذر إعماله و مقتضاه عدم صحّه شرط سقوط الخيار

[مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

اشاره

قوله قدس سره و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد إلی آخره

لا إشكال فی سقوطه بالإسقاط إنّما الكلام فی مدركه و الاستدلال بفحوی النّاس مسلّطون غير تامّ لأنّه لو فرض دلالته بالصّراحه

على تسلّط النّاس على حقوقهم لا يفيد ذلك لأنّ السّلطنه على المال و الحقّ هى أن يتصرف فيهما بالتصرّفات التى تحت سلطنته لا التّصرفات الّتى فوق سلطنته

و بعباره واضحه ذكرنا فى أوّل الخيارات أنّ مثل النّاس مسلّطون لا يدلّ على صحّه الإعراض عن الملك الّذى هو إذهاب موضوع الملك فلا يدلّ على التسلّط على إسقاط الخيار الّذى هو إذهاب موضوع الحقّ لأنّ التسلّط على الحقّ معناه نفوذ تصرّفه فيه بالنّقل و أمثاله كإعمال الخيار بالفسخ أو الإمضاء لا إعدامه لإسقاطه

اللّهمّ إلّا أن يقال إنّ الإعراض عن الملكيه و إن لم يكن من أنحاء السّلطنه على الملك لأنّ السّلطنه عباره عن الاقتدار و الاقتدار على سلب الاقتدار ليس تحت الاقتدار إلّا أنّه ليس الحقّ

مثل الملكيّه لأنّ المملوك له وجود عينى غير الإضافه الحاصله بينه و بين المالك و وجوده العينى غير قابل للإعدام إلّا بنحو الشرب و الأكل الّذى هو تحت السلطنه لا إعدامه بنحو الإتلاف الغير المرخّص فيه شرعا

و بعباره واضحه إعدام المملوك ليس من أنحاء السّلطنه على الملك لأنّه لا يمكن إعدامه تشريعا و فى عالم الإنشاء بل ما هو قابل للتصرّف هو الإضافه الحاصله بينه و بين المالك و هذا بخلاف الحقّ فإنّه ليس إلّا الإضافه الخاصّه و قد لا يكون لمتعلّق الحقّ وجود عينىّ و الإضافه الخاصّه قابله للتصرّف و لو بنحو الإعدام و لا ينتقض هذا بمثل حقّ التّحجير و حق الرهانه و نحو ذلك من الحقوق المتعلقه بالعين فإن تعلّقها بها ليس كتعلّق الإضافه المالكيّه بالملك فإنّ الملك وجوده العينى ملك للمالك و هذا بخلاف الحقّ المتعلّق بالعين فإنّ العين إمّا تكون ملكا لغير ذى الحقّ أو تكون من المباحات فنفوذ تصرّف ذى الحقّ ليس إلّا بمعنى السّلطنه على الإسقاط بل أظهر آثار السّلطنه على الحق إعدامه إنشاء فبنفس قوله أسقطت حقى ينعدم الحقّ و ليست السّلطنه عليه إلّا عباره عن إعدامه أو نقله إلى الغير لو كان قابلا للنّقل

و بالجمله الفرق بين الحقّ و الحكم هو أنّ الحق قابل للإسقاط دون الحكم فإنّ الحقوق بأسرها قابله للإسقاط و إن لم يقبل بعضها للانتقال أصلا أو إلى غير من عليه الحقّ كحق الخيار فى المقام فإنّه لا يقبل الانتقال إلى غير من عليه الخيار و لكنّه قابل للانتقال إلى من عليه الخيار كما سيجى ء شرحه

[مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

قوله قدس سره لو قال أحدهما لصاحبه اختر إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الكلمه يحتمل أن يراد بها تمليك الخيار ممّن عليه الخيار فإنّ هذا الحقّ قابل لأنّ ينتقل إليه و إن لم يقبل الانتقال إلى غيره لأنّه شرع لإرجاع العين إلى ملك مالكها الأصلى فهو تابع للمال و ينتقل إلى من كان أحد العوضين ملكا له و لذا ينتقل إلى وارثه و لا ينتقل إلى وارث الأجنبى الّذى جعل الخيار له فى العقد فإنّ الأجنبى بمنزله الوكيل ليس مالكا للمال حتى يكون مالكا لحقّ الخيار و يحتمل أن يراد بها تفويض الأمر إليه بحيث إنّه لو تصرف فيما فوّض إليه ينفذ فى حق الأمر و أمّا لو لم يتصرّف فيبقى حقّه على حاله كما لو أذن المرتهن فى بيع العين المرهونه فإنّه لا يسقط الرّهانه إلّا بالبيع لا بالإذن و هذا بخلاف الأوّل فإنّ التّمليك يوجب انتقال الحقّ من الآمر إلى المأمور

هذا مضافا إلى أنّه و إن لم يقبل الانتقال أصلا و لو إلى الطّرف الآخر إلّا أنّ التّمليك غير التّفويض فإنّ التّمليك بنفسه إسقاط لأنّ مرجع الخيار إلى مالكيّه الالتزام فإذا نقل هذا الالتزام إلى طرفه فلا يملك التزام نفسه فيصير العقد كالعقد اللّازم ابتداء و هذا عين معنى الإسقاط و يحتمل أن يراد بها استكشاف حال المأمور لا التّمليك و لا التفويض و ليست هذه الكلمه ظاهره فى إحدى المحتملات إلّا بقرائن حاليّه أو مقاليّه

[مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]

اشاره

قوله قدّس سره مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين إلى آخره

لا إشكال فى سقوط الخيار بالافتراق و لو لم يكشف عن الرّضا بالعقد لأنّه بنفسه من المسقطات و على هذا فلو حصل فى حال الغفله و النّسيان سقط به الخيار كما فى حال الالتفات و الذّكر و هذا لا ينافى اعتبار الاختيار بمعنى آخر فى الافتراق و عدم كفايه الافتراق الحاصل عن كره إذا منع من التّخاير أيضا للفرق بين المكره و غيره بالنّص الخاصّ

و بالجمله

لو حصل الافتراق عن النّسيان أو الغفله أو إطاره الرّيح و الهواء يسقط به الخيار و ذلك لظهور أدلّته بأن أمد الخيار عدم التفرّق و بقاء الهيئه الاجتماعيّه الحاصله لهما حال العقد فإذا ارتفعت الهيئه فلا خيار بعده و إطلاق المسقط عليه مسامحه لأنّ التفرّق بناء عليه غايه للخيار و هو بنفسه ليس موضوعا للحكم بل الموضوع له هو نقيضه و هو عدم التفرّق فما قيل من أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه التبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه ممنوع جدّا

أمّا التّبادر فلما ظهر تحقيقه فى محلّه من عدم اعتبار الاختيار فى موادّ الأفعال و لا فى هيئاتها لاشتراكها بين أفعال السجايا و غيرها من الأعراض التّسعه نعم الفعل فى مقابل الانفعال اختيارى

و أمّا حديث الرّفع ففيه أوّلا- أنّ النّسيان مرفوع فيه أيضا مع أنّ القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النّسيان و الغفله فيستكشف من السّقوط فى مورد النّسيان أنّ ذات الافتراق بما أنّه فعل لا- بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات و حديث الرّفع يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود و الإيقاعات و لم يؤخذ فيه عنوان العمد و الالتفات و لا الخطاء و النّسيان و لا الأعم و إلّا لم يرتفع بحديث الرّفع كما بيّن فى محلّه و ثانيا بعد تسليم عدم الاعتبار بذات الفعل و بعد تسليم أنّ المرفوع لا ينحصر فى الحكم التكليفىّ إلّا أن مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلّق التّكليف كالحسد و الوسوسه و الطّيره فتعميم الرّفع لموضوعات التّكاليف كالسّفر و الحضر و التّفرّق مع عدم الجامع بين المتعلّق و موضوع التّكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنّه لو شرب المكلّف نسيانا أو كرها أو أفطر كذلك فشربه كالعدم لا أنّه لو تحقّق السّفر و الإقامه أو التفرّق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا- يلتزم أحد بأنّه لو أقام مثلا- عن كره يجب عليه القصر و ثالثا أنّه لو كان التفرّق بنفسه من المسقطات لكان وجوده كالعدم لو تحقّق كره و أمّا لو كان ضدّه و هو الهيئه الاجتماعيّه موجبا للخيار فرفع التفرّق تشريعا لا يثبت بقاء الهيئه الاجتماعيّه

نعم لو وقع التفرّق عن إكراه أو قهر مع المنع عن التّخاير أيضا بأن أجبر على السّكوت لكان الحقّ عدم السّقوط لكن لا لحديث رفع الإكراه بل لصحيحه الفضيل الدالّه على اعتبار الرّضا و الرّضا فيها و إن لم يكن بمعنى طيب النّفس بل بمعنى الاختيار إلّا أنّه لو أكره على التفرّق و منع من التّخاير أيضا لا يكشف هذا التفرّق عن اختيار العقد و إمضائه

و بالجمله لو لم يمنع من إعمال الخيار و لكنّه بنفسه اختار العقد و إن أكره على التفرّق يسقط خياره كما أنّه لو منع من إعمال الخيار و لكنّه بنفسه اختار التفرّق يسقط خياره أيضا و أمّا لو أكره على كليهما فلا يسقط خياره لإمكان عدم اختياره بقاء العقد فلم يحرز الإمضاء فيستصحب الخيار

ثم لا يخفى أنّ

قول المصنف قدس سره و لا ريب أنّ الرّضا المعتبر ليس إلّا المتّصل بالتفرّق إلى آخره

غير صحيحه لأنّه لو كان المدار على التفرّق المختار عن الرّضا أى التفرّق النّاشى عن الطّيب بالعقد لكان اللّازم القول بعدم السّقوط فى المتفرّق النّاشى عن الغفله أو النّسيان مع أنّه لا يلتزم به و لا يبعد أن يكون وجه العدول عن هذا التّفسير آخر بقوله أو

يقـال إلى آخره ورود الإشـكال عليه مع أنّه يقع فى محـذور آخر على التّفسـير الثّـانى فإنّ التفرّق ليس كاشـفا نوعيّا حتى يسـقط بالخيار مطلقا

[مسأله لو أكره أحدهما على التفرّق]

قوله قدس سره مسأله

لو أكره أحدهما على التفرّق إلى آخره

لو تحقّق الإكراه الموجب لعدم سقوط الخيار بالنّسبه إلى أحد المتعاقدين دون الآخر لكونه مختار إمّا بالبقاء لو كان المكره مكرها على الافتراق أو بالافتراق لو كان مكرها على البقاء ففيه احتمالات سقوط خيارهما مطلقا و ثبوته لهما مطلقا و سقوط خيار خصوص المختار دون المكره إمّا مطلقا أو فى خصوص ما إذا كان المختار مختارا فى التفرّق دون البقاء و مبنى الاحتمالات أنّه لو كان الافتراق و لو من واحد غايه لكلا الخيارين فيسقط من الطرفين لحصوله من أحدهما بالاختيار بناء على حصوله من سكون أحدهما مختارا و حركه الآخر مكرها

و أمّا إذا قلنا بعدم حصوله إلّا بحركه المختار و عدم العبره بالسّكون الاختيارى فيسقط من الطّرفين فى خصوص هذه الصوره و لو كان الافتراق من الطّرفين اختيارا غايه لمجموع الخيارين فلا يسقط من واحد منهما لحصول افتراق أحدهما كرها و لو جعل افتراق كل غايه لخيار نفسه فيسقط فى حقّ المختار مطلقا أو فيما إذا كان متحرّكا و أمّا لو كان ساكنا فلا يسقط و منشأ المبنى استظهاره من الأخبار و لكن الظّاهر من مقابله الجمع بالجمع و التّثنيه بالتّثنيه أن يكون افتراق كلّ غايه لخيار نفسه دون غيره و هذا الظّهور ارتكازىّ عرفىّ و بناء العرف عليه إلّا أن يقوم قرينه على خلافه و لذا قيل إنّ العام أظهر فى الاستغراقيّه من المجموعيّه فاعتبار اختيار كل واحد لمجموع الخيارين لا وجه له و كذا كفايه اختياريّه أحدهما لسقوط خيارهما

نعم قد يستفاد من قوله عليه السّلام فمشيت خطاء ليجب البيع أنّ افتراق أحدهما اختيارا يكفى فى سقوط كلا الخيارين لأنّ إطلاق كلامه يشمل ما إذا كان الآخر مكرها أو نائما أو ناسيا أو غافلا و لكن لا يخفى أنّه لا يمكن استفاده الإطلاق من فعله ع لأنّ القضايا الشخصيّه ليس لها إطلاق حتّى يصحّ الاعتماد عليها و لم يصدر الفعل فى مقام بيان الحكم و لا فى جواب السّؤال حتّى بترك الاستفصال يستفاد العموم منه ثم إنّ ما ذكرناه إنّما هو بحسب النّظر البدوى و أمّا بعد التعمّق فالحق بقاء خيارهما

و تنقيحه يتوقّف على رسم أمور الأوّل أنّ التفرّق و كما يحصل بحركه كلّ منهما إلى جانب غير جانب الآخر كذلك يحصل بحركه أحدهما و سكون الآخر و القول بأنّ الافتراق ثبوتى و السّكون عدمىّ على فرض تسليمه لا أثر له لأنّ المدار فى الخيار إذا كان على الهيئه الاجتماعيّه فبحركه أحدهما تنفصل الهيئه و لم يعتبر فى انفصال الهيئه الطيب و الرّضا حتى يقال إنّ السّاكن لم يفعل شيئا

الثّانى أنّ بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقى إلى المؤثّر و عدمه لا يرتبط بالمقام فإنّه لو قيل ببقاء الأكوان لا بتجدّدها آنا فآنا و عدم احتياج الباقى فى بقائه إلى المؤثر يعنى أنّ العلّه المحدثه هى المبقيه فغايته أنّ استمرار السّكون ليس مستندا إلى السّاكن بل بقاؤه إنّما يكون بنفس علته المحدثه و هذا لا يفيد بعد ما ظهر أنّ الهيئه الاجتماعيّه ترتفع و لو بإطاره الهواء و أنّ مجرّد انفصالها و لو عن إكراه يوجب سقوط الخيار

الثّالث أنّ اقتضاء مقابله الجمع بالجمع و التّثنيه بالتّثنيه التوزيع إنّما هو لظهور جعل عنوان فعل كل مكلّف متعلّقا لتكليف نفسه و لذا يحتاج اعتبار الاجتماع إلى مئونه زائده على ظهور أدلّه التّكاليف و أمّا لو لم يتوقّف اعتبار الاجتماع إلى مئونه زائده فلا

يصير الشّموليّ أظهر من المجموعى و فى مقامنا حيث جعل الهيئه الاجتماعيّه مدارا للخيار فلا يقتضى ملاحظه وصف الاجتماع إلى مئونه زائده لأنّ الهيئه من الإضافات القائمه بالطّرفين و قوامها باجتماع كليهما على هذا الوصف بل فى مثل المقام اعتبار إضافه كلّ بالنّسبه إلى نفسه يحتاج إلى مئونه زائده

إذا عرفت ذلك ظهر من الأمرين الأولين أنّ التّفصيل بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقته فالسّقوط عنهما لا وجه له و ظهر من الأمر الثّالث أنّ التّفصيل بين المختار مطلقا و المكره فالسّقوط عن المختار و الثّبوت للمكره لا وجه له لأنّ الإضافه تنقطع باختيار أحدهما فيبقى فى المقام قولان آخران الثبوت لهما و السقوط عنهما و لو لا صحيحه الفضيل لكان مقتضى الإطلاقات السّقوط عنهما لأنّ فيها جعل مدار الخيار على عدم التفرّق السّاقط بتفرّق أحدهما و لو عن كره إلّا أن مقتضى تقييدها بصحيحه الفضيل أنّ المدار فى السّقوط على اختيار كليهما فإذا أجبر أحدهما على التّخاير و منع منه و أجبر على التفرّق أيضا لم يعلم بقاء المجبور على حاله الّذى كان قبل الجبر فلم يحرز الاختيار إذ لعلّه كان يفسخ فيستصحب الخيار

و بالجمله الظّاهر من الصّحيحه تقييد السّقوط بالرّضا منهما المنتفى بانتفاء رضاء أحدهما أو كليهما فيبقى الخيار حتّى بالنّسبه إلى المختار و لا وجه لمعارضتها بفعل الإمام ع بعد ما ظهر أنّ القضيّه الشخصيّه لا يستفاد منها الحكم الكلّى فتأمّل جيّدا

قوله قدس سره فالنّص ساكت إلى آخره

و ذلك لأنّه بعد أن جعل مدار الخيار بضمّ الصّحيحه إلى الإطلاقات على الهيئه الاجتماعيّه الحاصله لهما بمقتضى طبعها فإذا فقد هذه الهيئه بلا اقتضاء طبعهما بل بالكره و الجبر مع عدم دلاله الصّحيحه على ثبوت الخيار لهما بفقد الرّضا و الاختيار لعدم ثبوت المفهوم لها فيجب الرّجوع إلى الاستصحاب فيما لو زال الإكراه حتّى فى أوّل زمان زواله فضلا عمّا بعده

نعم بعد أوّل الزّمان ما يجرى النزاع فى أنّه من مورد الرّجوع إلى الاستصحاب أو عموم العام أو التّفصيل بين ما لو كان الخيار متّصلا بالعقد كخيار المجلس و ما لو كان منفصلا و سيجى ء إن شاء اللّه تفصيله فى محلّه

[مسأله و من مسقطات هذا الخيار التصرف]

قوله قدس سره و من مسقطات هذا الخيار التصرف إلى آخره

سيجى ء فى محلّه أنّ سقوط الخيار بالتصرّف ليس لحكم تعبّدى و لا لكشفه عن الرّضا بل التصرّفات المالكيّه هى بنفسها بمقتضى القواعد من المسقطات لأنّها إجازه فعليّه و على هذا لا فرق بين خيار الحيوان و غيره بل لو كان سقوطه لدليل تعبّدى أيضا لم يكن فرق بين جميع الأقسام فإنّ قوله ع فذلك رضا منه بمنزله عموم العلّه

[الثّانى خيار الحيوان]

اشاره

قوله قدّس سرّه الثّانی خیار الحیوان إلی آخره

لاـ یخفی أنّ ظاهر النّص و الفتوی و إن شمل کلّ ذی حیاه و لکن مقتضی مناسبه الحکم و الموضوع اختصاص هذا الخیار بالحیوان المقصود منه حیاته لا لحمه فالصّید المشرف علی الموت و السّمک و الجراد اللّذان یقصد منهما اللّحم نوعا و إن قصد نادرا حیاتهما خارجه عن هذا العموم بل یمکن استفاده التّخصیص من بعض الأخبار المعلل فیه الخیار بنظره المشتری و بناء علیه یختصّ أیضا بالحیوان الشّخصی لعدم جریان النّظره فی الکلّی فإنه لا یصحّ بیعه إلّا بعد تعیینه بالأوصاف و بما یوجب اختلاف القیمه هذا مضافا إلی أنّ المشتری لا یملک مطالبه الکلّی فی باب السلم

قبل موسم قبضه فلا يمكن جعل مبدإ الخيار قبل حلول الأجل و أمّا بعد القبض فلا دليل على أنّ مبدأ الثّلاثه من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوته فى الكلّى الحالى لعدم الفرق بينهما

نعم الكلّى فى المعيّن لو صحّ بيعه كما إذا كان جميع أفراده متساويه فى القيمه لا يبعد ثبوت الخيار فيه لجريان التّعليل

[مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى]

قوله قدس سره مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى إلى آخره

الأقوال فى المسأله ثلاثه اختصاصه بالمشترى مطلقا كان الثّمن كالمبيع حيوانا أم لا و ثبوته لهما مطلقا و اختصاصه بمن انتقل إليه الحيوان مطلقا

و منشأ الأقوال اختلاف الأخبار فبعضها ظاهر فى اختصاصه بالمشترى كقوله ع الخيار فى الحيوان ثلاثه أيّام للمشترى و بعضها ظاهر فى ثبوته لهما كقوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و بعضها ظاهر فى ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان كقوله عليه السلام و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيّام بناء على أنّ المراد من الصّاحب هو الصاحب الفعلىّ لا الأصلىّ لأنّه لا يمكن أن يكون الخيار لمن انتقل عنه لا للمنتقل إليه لكونه خلاف الإجماع مع منافاته لحكمه النّظر و الاختبار

و أظهر الأقوال أدلّه هو الأخير و هو ثبوته لمن انتقل إليه بائعا كان أو مشتريا أو كليهما لو كان العوضان حيوانين دون من انتقل عنه أمّا ثبوته لمن انتقل إليه مطلقا فلقوله ع صاحب الحيوان بالخيار و لا ينافيه ظهور قوله ع للمشترى و لا ظهور موثقه ابن فضّال صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثه أيّام

أمّا أوّلا فلعدم حمل المطلق على المقيّد فى الأحكام الانحلاليّه كما إذا قيل أكرم العلماء و أكرم زيدا فلا ينافى ثبوت الخيار للمشترى ثبوته لغيره إذا صار صاحب الحيوان أو ثبوته لكليهما إذا انتقل إليهما

و أمّا ثانيا فلإمكان ورود القيد مورد الغالب كما فى قوله عزّ من قائل وَ رَبٰائِبُكُمُ اللّٰاتِي فِي حُجُورِكُمْ فلا ظهور له فى الاختصاص و لا يقال يمكن حمل المطلق مثل قوله ع صاحب الحيوان على الغالب فيراد منه المشترى لأنّ الغالب كونه كذلك كما صرّح به الإمام ع فى الموثقه لأنّا نقول الغلبه قد توجب حمل القيد على موردها و لا توجب تقييد المطلق أو الانصراف إلى موردها كما إذا لم توجب ضعف صدق المطلق على غير الغالب بأن لم يكن المطلق مشكّكا بل متواطئا من حيث الماهيّه أو الوجود هذا مضافا إلى أنّ فى موثّقه ابن فضّال يمكن أن يكون المشترى وصفا للحيوان بأن يقرأ بفتح الرّاء مع أنّه لو قرئ بكسر الراء فيمكن أن يكون التقييد لدفع توهّم ثبوت الخيار لصاحبه الأصلى و هو البائع فلا تعرّض له إلى مورد كان البائع صاحبه الفعلى

و أمّا ثالثا فلإمكان أن يكون النّكته فى التّقييد دفع توهّم أنّ خيار الحيوان كخيار المجلس فى ثبوته للبائع و المشترى أى ليس للبائع خيار إذا انتقل عنه الحيوان و ليس كخيار المجلس فى ثبوته لهما فليس بصدد إخراج البائع إذا كان الثّمن حيوانا

و بالجمله فلا مانع من الأخـذ بعموم الصاحب و ثبوته لكلّ من انتقل إليه الحيوان هـذا حال المنتقل إليه و أمّا عـدم ثبوته للمنتقل عنه فلأنّه لا دليل على ثبوته له إلّا قوله ع فى صـحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقـا فـإنّ المتبايعان بإطلاقه يشـمل ما إذا كان الثمن أو المثمن أو كلاهما حيوانا و لكن يمكن تقييـده بصـحيحته الأخرى المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيّام فيصير المراد من المتبايعين

بعد التّقييد من انتقل إليه الحيوان أى يحمل على مورد يكون الثّمنان حيوانين

نعم يرد على التّقييد إشكالات ثلاثه الأوّل أن حمل قوله ع المتبايعان بالخيار على ما إذا كان الثّمنان حيوانين حمل على فرد نادر فإنّ الغالب كون المبيع حيوانا الثّانى أنّ اتّحاد السياق يقتضى أن يكون ثبوت الخيار فى بيع الحيوان و غيره الّذى ثبت فيه خيار المجلس على نهج واحد و خيار المجلس أمر قائم بالمتبايعين بالنّسبه إلى الثّمن و المثمن فخيار الحيوان لو لم يكن إلّا للمنتقل إليه يلزم أن يرتكب شبه استخدام فى لفظ المتبايعان بالخيار أى يراد منه تعلّق الخيار بالنّسبه إلى غير الحيوان بالثّمن و المثمن و بالنّسبه إلى الحيوان بأحدهما الثّالث أنّه لو حمل المتبايعان على مورد كان العوضان حيوانين للزم أن يناقض صدره ذيله لأنّ ذيله صريح فى أنّ فيما سوى ذلك ليس إلّا خيار المجلس و ما سوى كون الثّمنين حيوانين يشمل ما كان المبيع حيوانا فيلزم أن لا يكون للمشترى خيار مع أنه لا يقول به أحد و ليس الواقع كذلك أيضا

و لكنّه لا يخفى أنّ جميع هذه الإشكالات لا يصادم ظهور قوله ع صاحب الحيوان بالخيار فى اختصاص الخيار بمن انتقل إليه

أمّا أوّلا فلأنّ حمل قوله المتبايعان على ما إذا كان الثّمنان حيوانين و إن كان حملا على الفرد النّادر إلّا أنّ قوله ع صاحب الحيوان أظهر فى الاختصاص بمن انتقل إليه من إطلاق المتبايعان خصوصا مع عدول الإمام ع عن قوله المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلى قوله و صاحب الحيوان لأنّه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس ثابتا لكليهما لكان اللّازم أن يقال المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و هما بالخيار فى الحيوان ثلاثه أيّام فعدوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم و فى صحيحه زراره ليس إلّا لبيان الاختصاص

و أمّا ثانيا فلمعارضه هذه الصّحيحه الدالّه بإطلاقها على ثبوت الخيار لهما مع روايه قرب الإسناد الصريحه فى عدم ثبوت الخيار للبائع إذا كان المبيع حيوانا و لا سيّما التّعليل الوارد فيه بقوله ع الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه أيّام فإنّ العلّه و إن كانت حكمه التّشريع و هى لا تقتضى الاطّراد إلّا أن بمناسبه الحكم و الموضوع يستكشف مناط جعل الخيار و أنّه للمنتقل إليه دون المنتقل عنه

و أمّا الإشكال الثّانى فغير وارد أصلا لأنّه لو كان قوله ع المتبايعان بالخيار منزلا على ما إذا كان الثّمنان حيوانين فيتّحد حكمه مع غير الحيوان فى ثبوت الخيار لهما كان حق الرّد متعلّقا بما فى يدهما أو حقّ الأخذ متعلّقا بما انتقل عنهما لأنّ حلّ العقد و إبقاءه بيدهما على أى تقدير و الفرق الاعتبارى الخارجىّ لا يوجب استعمال قوله ع المتبايعان بالخيار فى معنيين

و أمّا الإشكال الثّالث فلا يخفى ما فيه لأن ذيل الرّوايه لا ينفى صدره من حيث النّصوصيه و الظّهور فإنّه لو حمل صدره على ما إذا كان الثّمنان حيوانين يصير مفاده اللّفظى أنّه لو كان الثّمن و المثمن كلاهما حيوانا فالخيار لكليهما و لو لم يكن كذلك بأن كان أحدهما حيوانا فلا خيار لأحدهما إلّا خيار المجلس و عدم إمكان العمل بذيله لا يوجب مناقضه ذيله لصدره

فغايه الأمر يقيّد ذيله و يقال إن مقتضى الأدلّه الأخرى هو أن لمن انتقل إليه الحيوان خيار ثلاثه أيّام و بالجمله لا إشكال فى ترجيح صحيحتى محمّد بن مسلم و زراره الدالّتين على ثبوت الخيار لخصوص من انتقل إليه من حيث الدلاله على الرّوايه الدّاله

على ثبوته لمن انتقل عنه أيضا فلا مجال حينئذ لملاحظه السّند مع أنّ إعراض القدماء عنها و عدم العمل بها إلى زمان

السّيد المرتضى قدس سره يكفى وهنا لدلالتها و سندها إذ لعلّها كانت منقوله بالمعنى لأنّ شخص محمّد بن مسلم هو الراوى للصّحيحه الأخرى الدالّه على الاختصاص بمن انتقل إليه فالمسأله واضحه

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور موثقه ابن فضّال فى اختصاص الخيار بالمشترى لركاكه قراءه المشترى بالفتح و بعدها عن سياق اللّغه العربيّه فيحمل المطلق على المقيّد مع ظهور عدّه من الرّوايات فى الاختصاص بالمشترى و احتمال ورود القيد مورد الغالب ضعيف فإنّ الأصل فى القيد الاحترازيّه إلّا إذا ثبت كونه واردا مورد الغالب كما فى ربائبكم اللّاتى فى حجوركم فالأقوى ما عليه المشهور فتدبّر

[مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها فى مده الخيار]

قوله قدس سره مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها إلى آخره

لا يخفى أنّه لو قام الدّليل على أنّ ضمان الأمه فى مدّه الاستبراء على البائع لم يكن ملازما لثبوت الخيار للمشترى فى هذه المدّه لأنّه لم يثبت الملازمه بين ضمان شخص و ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمه بالعكس فإنّه ثبت أنّ من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له هذا مضافا إلى أنّه لم يثبت ضمان البائع فى مدّه الاستبراء فالتّفصيل بين الحيوانات فى مده الخيار لا وجه له أصلا

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

قد تخيّل أنّ النّزاع لا وجه له لأنّه ليس خيار الحيوان إلّا خيار المجلس الّذى هو فى غير الحيوان إلى التفرق و فيه إلى ثلاثه أيّام فيكون مبدؤه من حين العقد

و فيه أنّا لو اخترنا ما عليه السّيد المرتضى من ثبوت خيار الحيوان للبائع و المشترى لكان لهذا الكلام وجه و أمّا لو قلنا بعدم ثبوته للمنتقل عنه فلا شبهه فى أن خيار الحيوان مغاير لخيار المجلس موضوعا و محمولا فإنّ خيار المجلس ثابت لكليهما ما دام المجلس باقيا سواء طال أم قصر و خيار الحيوان يختصّ بمن انتقل إليه فى ثلاثه أيّام فأين هذا من ذاك ثمّ إنّه استدلّ على أنّ مبدأه بعد التفرّق بأمور الأوّل الاستصحاب و يمكن تقريبه بوجهين الأوّل أصاله عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه أيّام من حين العقد أى بعد مضىّ ثلاثه أيّام من حين العقد يستصحب بقاء خيار الحيوان بمقدار زمان المجلس و الثّانى أصاله عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و الأوّل لا إشكال فيه لو آل الأمر إلى الأصول و لم يستظهر الحكم من الأدلّه لأنّ أثره تأثير الفسخ فإنّه من الآثار الشّرعيّه المترتّبه على نفس بقاء الخيار من دون واسطه و الثّانى مثبت لأنّ نفس عدم حدوثه لا أثر له و لا يثبت به أنّ مبدأه بعد التفرّق

و لا يقال إنّ من آثار عدم حدوثه عدم تأثير إسقاطه لم يرتب على عدم حدوثه بل من باب أنّ إسقاطه إسقاط لما لم يجب إلّا أن يقال إنّ كونه إسقاطا لما لم يجب مترتّب على أمرين أحدهما محرز بالوجدان و هو نفس الإسقاط و ثانيهما بالتعبّد و هو عدم حدوث الخيار فلا محذور فى استصحاب عدم الحدوث

فالصواب فى الجواب عن هذا الأصل أنّه بمعناه المحمولى و هو عدم تحقّق الخيار قبل بيع الحيوان لا أثر له و بمعناه النّعتى و هو حين بيع الحيوان ليس له حاله سابقه و استصحاب العدم المحمولى لإثبات العدم النّعتى مثبت الثّانى أنّه لو لم يكن مبدؤه التفرّق لزم اجتماع السّببين على مسبّب واحد و قد يرد بأنّ الأسباب الشرعيّه معرفات لا علل

و لا يخفى أنّ النّزاع فى أنّ الأسباب معرفات أو علل بالمعنى المتصوّر الصّحيح لا ربط له بالمقام فإنّه لو كان المراد من المعرّف أنّه حكمه لا ـ عله فكون مناطات الأحكام من قبيل الحكم لا ـ العلل لا ربط له بالمقام لأنّ الخيارين تابعان لمقتضى دليلهما قبل التفرّق كان مناطهما حكمه

للجعل أو علّه و لو كان المراد من المعرّف أن موضوع الحكم الّذى أخذ فى القضيّه الحقيقيّه ليس علّه لثبوت الحكم عند تحقّقه فهذا بديهىّ البطلان لأنّه لو جعل حكم على تقدير فبتحقّقه يتحقّق الحكم و بعدمه لا يتحقّق و لا يعقل تحقّق الموضوع و عدم تحقّق الحكم فلا- يمكن أن يقال إنّ الأسباب الشّرعيّه معرفات لا علل لأنّها بهذا المعنى علل فإذا كانت كذلك فالأصل عدم التّداخل لأنّ كلّ موضوع سبب لتحقّق الحكم الّذى أنشئ على فرض وجوده فلو أمكن تعدّد الحكم نلتزم به و لو لم يمكن فلو أمكن تعدّد مرتبته كالشدّه و القوّه كما فى الاستحباب و الوجوب فهو و لو لم يمكن الخيار فى المقام الّذى هو من قبيل سائر الأحكام الوضعيّه الغير القابله للتأكّد و التعدّد فمقتضى توارد العلّتين على معلول واحد أن يكون المعلول مستندا إلى مجموع العلّتين فإن كلّا منهما مستقلّ فى العليّه لو لم يقارنه الآخر فمع المقارنه يستند إلى كليهما هذا مع أنّ الخيار قابل للتعدّد من حيث الإضافه أى و إن لم يمكن تعدّد نفس الخيار و لكن يمكن تقييده من جهه السّبب و أثر ذلك أنّه يمكن إسقاطه من جهه و إبقاؤه من أخرى لأنّه ليس معنى الخيار إلّا ملك الالتزام الّذى التزم العاقد به فلو ملك التزام نفسه من جهتين فله إسقاط إحداهما و إبقاء الأخرى

و بالجمله لا يلزم من إسقاط الخيار سقوطه رأسا فإنّه تابع لنظر المسقط و هذا لا ينافى وحده الخيار فإنّ الملكيه الّتى هى من الأمور الاعتباريّه يمكن رفع اليد من أحد أسباب اعتبارها فحال الخيار بالنّسبه إلى السّببين كحال القتل بالنّسبه إلى أسبابه فإنّه مع كونه غير قابل للتعدّد و التأكّد يمكن تقييده بأسبابه فإذا اجتمع سببان فيه أحدهما إلهيا و الآخر خلقيّا كالارتداد و القصاص أو حقان خلقيان يمكن سقوطه من جهه و ثبوته من أخرى

نعم إذا كان كلّ منهما إلهيا فغير قابل لإضافته إلى سبب دون آخر لأنّ مرجع الحدّ الشّرعى إلى الحكم الشّرعى و الحكم غير قابل للإسقاط الثّالث الأخبار الدالّه على أنّ تلف الحيوان فى الثلاثه ممّن انتقل عنه أى ممّن ليس له الخيار و بضميمه ما دلّ على أنّ التّلف فى الخيار المشترک ممّن انتقل إليه يستكشف أنّ مبدأ خيار الحيوان بعد التفرّق لأنّه لو كان مبدؤه أوّل زمان العقد الّذى يشترک فيه البائع و المشترى فى الخيار لما كان التّلف على البائع

و فيه ما لا يخفى لأنّ أدلّه خيار الحيوان لو كانت ظاهره فى أن مبدأه من حين العقد لم يمكن رفع اليد من ظهورها بمجرّد أنّه لا يمكن الجمع بين الأدلّه الدالّه على أنّ تلف الحيوان فى زمان الخيار المشترک من المشترى و الأدلّه الدالّه على أنّ تلف الحيوان فى الثّلاثه الّتى هى زمان خيار الحيوان للمشترى على البائع إلّا على أن يكون مبدأ الثّلاثه بعد التفرّق لأنّ غايته تعارض القاعدتين فيمكن حمل ما دلّ على أنّ التّلف من البائع على الغالب من كونه بعد المجلس فلا إطلاق له حتى ينافى ما دلّ على أنّ التّلف فى المجلس ممّن انتقل إليه و يمكن تقييد ما دلّ على أنّ تلف المال فى زمان الخيار المشترک من المنتقل إليه بغير مورد الحيوان فيقال إنّ التّلف فى زمان الخيار المشترک ممّن انتقل إليه إلّا أن يكون له خيار مختصّ فيكون التّلف من المنتقل عنه

قوله قدس سره ثم إنّ المراد بزمان العقد هل زمان مجرّد الصّيغه إلى آخره

لا- إشكال فى أنّ مبدأ الثلاثه فى عقد الفضولى بناء على النّقل من حين الإجازه و كذا بناء على الكشف الحكمى لأنّ الدّليل الدالّ

على ترتيب الآثار من حين العقد يدلّ على ترتيب آثار الملكيه و لا يدلّ على أنّ الاستناد إلى المالک الّذى يتحقّق بحسب الخارج بالإجازه أيضا من حين العقد

و بعباره أخرى كما أنّ الأصول لا يترتّب عليها إلّا الآثار الشّرعيّه فكذلک الأدلّه الّتى وردت فى بيان إثبات حكم تعبّدى لا يترتّب عليها إلّا المقدار الذى ورد التعبّد به دون لوازمه العاديه

و أمّا على الكشف الحقيقىّ فبناء على كون الشّرط هو وصف التعقّب أو التزمنا على ما هو المحال و الخلف و هو أنّ الإجازه بوجودها العينى شرط و مع هذا تحقّق الملک قبلها كما يقوله القائل بصحّه الشّرط المتأخّر فمبدأ الثلاثه من حين العقد

و أمّا بناء على الانقلاب فمن حين الإجازه لأنّ القائل به يقول بانقلاب آثار الملک و أمّا نفس الإجازه الواقعه فعلا فلا يدّعى وقوعها حين العقد فمبدأ الخيار لا محاله من حينها و أدلّه الجميع واضحه ثم إنّ مبدأها فى السّلم من حين العقد لا حين حصول الملک أى حين القبض كما عرفته فى خيار المجلس لأنّ الخيار مخصّص لوجوب الوفاء بالعقد فلا يقال لا أثر له قبل القبض

[مسأله لا إشكال فى دخول اللّيلتين]

قوله قدّس سرّه مسأله لا إشكال فى دخول اللّيلتين إلى آخره

لا يخفى أنّ اليوم بحسب العرف و اللّغه هو الزمان الممتد بين طلوع الشّمس و غروبها بحيث لو أطلق على مجموع اللّيل و النّهار فهو بقرينه خارجيّه كما أنّ إطلاقه على اليوم الصّومى و هو من أوّل الفجر إلى زوال الحمره بدليل خارجىّ و إلّا فبحسب معناه العرفى كاللّغوى هو اليوم الإجارى و هو من أوّل الشمس إلى الغروب

نعم فى خصوص المقام لما استفيد الاستمرار من الأخبار يدخل اللّيلتان المتوسّطتان فى الأيام كما أنّه لو وقع العقد فى أوّل الغروب يستمرّ هذا الخيار من حين العقد إلى منتهى اليوم الثّالث فدخول اللّيلتين أو اللّيالى فى بعض الموارد ليس لدخولها فى مفهوم الأيّام و ذلک واضح إنّما الكلام فى أن الحكم المترتّب على الأيّام مترتّب على خصوص اليوم التامّ أو يكفى التّلفيق و هو تاره يحصل من تلفيق نصف من اليوم بنصف من اللّيل و أخرى من تلفيق نصف يوم بنصف يوم آخر فنقول الحكم بحسب الثّبوت لا يخلو عن أحد الوجوه الثلاثه

فتاره لا يكون لليوم خصوصيّه أصلا بل المخصوص هو المقدار الخاصّ من الحركه الفلكيّه و أخرى له خصوصيّه و الخصوصيّه إمّا من حيث هذا المقدار من البياض أو لخصوصيّته بتماميّته أمّا بحسب الإثبات فلا بدّ من قيام قرينه على أحد الأقسام الثّلاثه و لا يبعد دعوى قيام القرينه النّوعيّه على كفايه التّلفيق من يومين لأنّ ظاهر ما يوجب اعتبار اليوم أو الأيّام فى موضوعات الأحكام هو اعتبار هذا المقدار من البياض لا من حركه الفلک و لا تمام البياض من يوم واحد و عدم كفايه التّلفيق فى الاعتكاف إنّما هو لاعتبار الصوم فيه و الصّوم ثبت أنّ يومه من أوّل الفجر إلى زوال الحمره

[مسأله یسقط هذا الخیار بأمور]

[الثّالث التّصرف و لا خلاف فی إسقاطه فی الجمله لهذا الخیار]

قوله قدس سره الثّالث التّصرف و لا خلاف فی إسقاطه فی الجمله لهذا الخیار إلی آخره

تنقیح البحث فیه یستدعی رسم أمرین تقدم تنقیحهما فی تحت المعاطاه الأوّل أنّ مقتضی القواعد الأوّلیّه وقوع کلّ عنوان من عناوین العقود و الإیقاعات بالفعل کوقوعه بالقول إذا کان الفعل فی طبعه بحسب العرف و العاده مصداقا لذلک العنوان بحیث یحمل علیه بالحمل الشّائع الصناعی أنّه هو أی کان بطبعه آله لإیجاده فلا یقع العنوان بالفعل الّذی لیس آله

لإيجاده و لو نوى وقوعه به الثّانى أنّ خروج بعض الإيقاعات ليس لإجماع تعبّدى بل لانتفاء ما يكون آله لإيجاده من الأفعال فعدم وقوع العتق أو الطّلاق بالفعل إنّما هو لأنّ الفعل ليس آله لإيجادهما و لهذه الجهه لا تجرى المعاطاه أيضا فى كثير من العقود كالصّلح و الضّمان و الحواله و النّكاح

و بالجمله لا يختصّ الإيقاع بخصوصيّه موجبه لعدم جريان المعاطاه فيه من حيث إنّه إيقاع فعلى هذا كلّ إيقاعىّ كان الفعل آله لإيجاده كالرّجوع فى الهبه و العدّه و الفسخ و الإجازه يقع به

إذا عرفت ذلك فحيث إنّ الإجازه من الإيقاعات و لا بدّ فى تحقّقها خارجا من إنشاء لفظىّ أو فعلىّ فكل فعل كان مصداقا لتحقّقها خارجا و فى عالم الاعتبار تقع به و من أوضح مصاديق الأفعال الّتى تقع هذه بها التصرّف فإنّه إجازه فعليّه

نعم يشترط أن يكون التصرّف مالكيا بأن يكون نحو تصرّف الملاك فى أملاكهم فالتصرّف الاختيارى و الّذى جرت العاده بصدوره من غير المالك كسقى الدابّه و ركوبها حال الذّهاب و الإياب و قوله للجاريه ناولينى الماء مثلا و التصرّف الصّادر من حيث الاشتباه الموضوعى كتخيّل أنّ هذه الدّابه غير المشتراه خارج عن التصرّف المالكى

و بالجمله مقتضى القاعده تحقّق الإجازه و الفسخ بالفعل كتحقّقها بالقول و ليس التصرّف مسقطا تعبّديا و إلّا لوجب الاقتصار على مورده و هو التصرّف فيما انتقل إليه و فى خصوص الحيوان فالتعدّى عنه و القول بأنّ تصرّف المالك فى كلّ معامله فيما انتقل عنه فسخ و فيما انتقل إليه إجازه ليس إلّا لأنّ التصرّف بنفسه إجازه و إنشاء فعلىّ فيما انتقل إليه

نعم التصرّف قبل العلم بالعيب فى خيار الحيوان مسقط تعبّدى و أمّا بعد العلم كالتّصرف فى المقام فهو على وفق القاعده و الأخبار الوارده فى هذا الباب أيضا كاشفه عمّا ذكرنا فإنّ قوله ع إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشّراء و قوله ع فذلك رضى منه و لا شرط له يدلّ على أنّ الرّضا بالبيع و اختياره هو بنفسه مسقط للخيار و ليس المراد من الرّضا الطّيب فإنّه بهذا المعنى يتعدّى بالياء مع أنّه فى روايه عبد اللّه بن الحسن تعدّى بالنّفس فيكشف عن أنّ معناه فى سائر الأخبار هو الاختيار

و يؤيّد ذلك بل يدلّ عليه صحّه حمل الرّضا على التصرّف بلا عنايه فإنّ قوله ع فذلك أى الحدث رضى منه لو كان بمعنى الطّيب لاحتاج إلى عنايه إمّا بحمل المنكشف على الكاشف أو التّنزيل هذا مع أنّ جهه كشفه عن الرّضا لا أثر له فى شى ء من العقود و الإيقاعات فإنّ العقد أو الإيقاع إنشائى لا يوجد إلّا بآله من قول أو فعل و مجرّد الرّضا الباطنى لا أثر له أصلا

و بالجمله لمّا استظهر المصنف من الرّضا أنّه بمعنى طيب النّفس وجّه أو احتمل وجوها فى قوله ع فذلك رضى منه و لا شرط له و كلّ ذلك فى غير محلّه لأنّه مبنىّ على أخذ الرّضا بمعنى الطّيب

ثم إنّ كون جواب الشّرط فذلك رضى منه أو قوله ع و لا شرط له و يكون فذلك رضى منه توطئه للجزاء كما تكرر هذا الكلام منه قدس سره لا يرجع إلى فرق حقيقىّ بين الوجهين بل لا معنى للتّوطئه فإنّه قد يكون الجواب مجموع الكلام من الصّغرى و الكبرى و قد يكون خصوص الكبرى

ثم إنّ المحتملات فى الرّوايه لو كان المراد من الرّضا طيب النّفس ثلاثه فإنّ الاحتمالين

الأوّلين يرجعان إلى أمر واحد و هو جعل التصرّف مسقطا تعبّديا و منزلا منزله الالتزام بالعقد فعلى هذا كلّ حدث و تصرّف بمنزله الالتزام بالعقد فى سقوط الخيار به فيصير مفاد الحديث أنّه لو أحدث المشترى حدثا فهو بمنزله رضائه فلا خيار له و الاحتمال الثّالث الّذى هو الثّانى فى الحقيقيه يرجع أيضا إلى التعبّد لأنّه لو لم يكن للتّصرف ظهور فعلى و شخصىّ فى الرّضا بل كان كظهور و الألفاظ فى إراده معانيها لما كان متّبعا فى كلّ مقام إلّا بتعبّد من الشّرع و بإمضاء ما عليه طريقه العقلاء فإذا كان تعبّديا يدور مدار مقدار التعبّد و لا وجه للتعدّى عنه إلى مورد الفسخ

ثم على الوجه الأوّل يكون حمل الرّضا على التصرّف نظير حمل الصّلاه على الطّواف فى قوله ع الطّواف فى البيت صلاه و على الثّانى أى الثّالث فى كلامه يكون من حمل المنكشف على الكاشف

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه ليس التصرّف فى عرض سائر المسقطات مسقطا مستقلا بل لمكان أنّه إجازه و التزام بالعقد و أخذ بأحد طرفى الخيار و لذا يجب أن يعد التصرّف بحسب العرف و العاده مصداقا للإجازه و إن لم يقصد به الإجازه لأنّ كلّ فعل كان مصداقا لعنوان يكفى فى تحقّق العنوان مجرّد القصد إلى الفعل و لا يشترط قصد العنوان به و لذا قالوا إنّ الوطى و إنكار الطّلاق رجوع و إن لم يقصده بهما

نعم غير الوطى من سائر الأفعال يجب أن لا يقصد منه خلاف العنوان لأنّ مع قصد الخلاف يخرج الفعل عن المصداقيه كما أنّه يشترط أن لا يقع الفعل اشتباها و أن لا يكون من الأفعال الّتى تصدر من غير المالك أيضا كسقى الدابّه و نحو ذلك

و بالجمله التصرّف المالكىّ هو بنفسه إجازه فعليّه و لو لم يقصد به عنوان الإجازه بل لو فعل فعلا لم يصدق التصرّف عليه كالعرض على البيع فهو أيضا إجازه لأنّ قوله ع فذلك رضى منه كما يوجب تخصيص التصرّف بالتّصرف المالكى كذلك يوجب تعميم كلّ عمل كان مصداقا للاختيار و من هنا ظهر أنّ ما أورده قدس سره على من خصّص التصرّف بالتصرّف المالكى غير وارد أصلا لأنّ عقد الوضع و إن كان عاما إلّا أن عقد الحمل يوجب تقييد الموضوع و جزاء الشّرط فى الشرطيّات كالمحمول فى الحمليّات

فقوله ع فذلك رضى منه يوجب اختصاص التصرّف بالتصرّف النّاشى عن اختيار و التزام بالعقد و الاختصاص لا يوجب استهجانا سواء قلنا بأنّ التصرّف مسقط تعبّدى أو كاشف نوعى أو إجازه فعليّه أمّا على التعبّديّه فواضح لأنّ كلّ تصرّف محرّم عليه قبل الشّراء فهو مسقط بمنزله الرّضا

نعم يرد عليه مضافا إلى أنّ ظاهر الخبر بيان الأمر الارتكازىّ لا التعبّد إنّ جعل الخيار لغو لأنّه لا ينفكّ المبيع عن التصرّف فيه فى الثّلاثه و أمّا على الكشف النّوعى الّذى قلنا إنّه راجع إلى التعبّد أيضا فلأنّ جعل فذلك رضى بمنزله العلّه للجزاء إمّا راجع إلى علّه الجعل أو المجعول و الحكم أمّا لو كان علّه للحكم فهى موضوع الحكم و ليس من أوّل الأمر عاما حتى يكون تخصيصه بالفرد النّادر مستهجنا و أمّا لو كان علّه للتشريع كزوال أرياح الآباط فى غسل الجمعه و عدم اختلاط المياه فى العدّه فتاره تكون العلّه بمثابه من الأهميّه فى نظر الشّارع بحيث لا يرضى بوجودها و لو فى الفرد النّادر فيصحّ تشريع الحكم على وجه

العموم حفظا للحمى

و أخرى لا تكون

بتلك المثابه فلا يصحّ تشريعه على وجه العموم هذا مع أنّ كلّ ذلك لم يكن لأنّه ليس المراد من الحدث مطلق التصرّف حتّى يكون تعليل الحكم المطلق بهذه العلّه الغير الموجوده إلّا فى قليل من أفراده مستهجنا بل المراد منه التصرّف المالكى و هو فى الغالب لا ينفكّ عن الرّضا و كاشف نوعىّ عنه

نعم مطلق التصرّف ليس كاشفا نوعيّا و لكن أين الإطلاق و بالجمله بعد ما ظهر أنّ الحكم بسقوط الخيار بالتّصرف ليس إلّا لأنّه إجازه فعليّه ظهر أنّ الجمع بين الأخبار فى غايه الوضوح لأنّها بأجمعها ناطقه بأنّ التصرّف الّذى يحرم على المتصرّف لو لم يكن مالكا هو اختيار للعقد و إمضاء له سواء صدر بعنوان الإجازه أم بلا التفات إلى العنوان

نعم لا بدّ من الالتفات إلى الفعل و صدوره عنه بما هو مالك لهذا الّذى اشتراه و سواء صدق عليه التصرّف عرفا أم لا كالعرض على البيع و إنكار البيع كلّ ذلك لأنّ هذه الأفعال بنفسها مصاديق للإجازه

نعم يجب أن لا يخرجها عن هذا العنوان بقصد الخلاف فإنّ الأفعال مختلفه فى جهه المصداقيّه فبعضها لا اقتضاء صرف و بالقصد يتّصف بعنوان و بعضها يتّصف به ما لم يقصد خلافه و بعضها يتّصف به مطلقا كالوطى فى زمان العدّه الرجعيّه فإنّه و إن قصد به الزّنا لا الرّجوع إلّا أنّه يتحقّق الرّجوع به نعم يعزّر لقصده هذا

و يمكن أن يقال بالفرق بين التصرّف فيما انتقل إليه و التصرّف فيما انتقل عنه فإنّ الأوّل إجازه و إن قصد الخلاف و الثّانى مع قصد الخلاف ليس فسخا و منشأ الفرق هو أنّ التصرّف فيما انتقل إليه تصرّف فيما هو ملكه فإذا نوى به الغصبيّه مثلا لا يخرج عن كونه تصرّفا فى الملك فإذا صدر الفعل عنه بالاختيار مع العلم بموضوع الخيار كالعلم بالغبن مثلا أو العيب فنفس صدور هذا التصرّف المالكىّ هو التزام بأحد طرفى الخيار لأنّه التزام بعدم شرط التّساوى و مثلا فى الماليّه الموجب للخيار و لو لم يعلم بأنّ المغبون ذو خيار شرعا لأنّ عدم العلم بالحكم لا يخرج التصرّف عن عدم الالتزام بتساوى المالين

نعم مع الجهل بالغبن ليس مجرّد التصرّف المالكى مصداقا لإسقاط شرط التّساوى لعدم علمه بعدم التّساوى و أمّا التصرّف فيما انتقل عنه فلو قصد به التصرّف العدوانى فهذا ليس أخذا بأحد طرفى الخيار لإمكان طروّ عنوان الغصب عليه فالفعل يصير ذا وجهين و ليس كمن أكل مال نفسه و قصد الغصب و من وطئ زوجته و قصد الزّنا فإنّ هذا القصد لا يغيّر الفعل عمّا هو عليه و لو كان القصد حراما و على هذا فالوطى فى زمان الرّجوع رجوع و إن قصد الخلاف لأن المطلّقه الرجعيّه زوجه

ثم إنّ هذا ما هو التّحقيق فى المقام و أمّا كلمات العلماء فلا يجمعها جامع واحد بل كلّ منهم سلك مسلكا فبعضهم أخذ بالتعبّديه و بعضهم بالكاشفيّه النّوعيّه و بعضهم اعتبر الكشف الفعلى فراجع

[الثّالث خيار الشّرط]

اشاره

قوله قدس سره الثّالث خيار الشّرط إلى آخره

و قد حكى عن صاحب المستند أنّ الأدلّه العامّه مثل المؤمنون عند شروطهم لا تكفى لإثبات صحّه اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السّنه لأنّ السّنه تدلّ على أنّ بالافتراق يجب البيع فاشتراط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها و حيث إنّا قد ذكرنا فى اشتراط سقوط خيار المجلس فى ضمن العقد ضابطا للشرط المخالف و الموافق

ظهر ما فی کلامه

و حاصل الضّابط أن کلّ حکم تکلیفی غیر اقتضائی و کلّ حکم وضعیّ حقّی قابل للاشتراط فالمهم إثبات الصّغری و أنّ اللّزوم فی المقام حقّی لا حکمیّ و إثباتها و إن تقدّم فی المعاطاه مفصّلا إلّا أنّه لا بأس بالإشاره إلیه إجمالا

فنقول إنّ اللّزوم فی باب النّکاح و الضّمان حکمیّ لا حقّی و الکاشف عنه عدم جریان الإقاله فیهما کما أنّ الجواز فی الهبه کذلک أیضا بل الجواز فی المعاطاه من جهه أیضا کذلک لأنّ الأفعال لا تدلّ إلّا علی نفس المنشئات بالعقود و لیست لها دلاله التزامیّه

و أمّا اللّزوم فی البیع و فی کل عقد معاوضیّ فهو حقّی لأنّه حکم شرعیّ متعلّق بما ینشئه المتعاقدان بالدلاله الالتزامیّه فإن بعت کما یدلّ علی التبدیل مطابقه یدلّ بحسب العرف و العاده علی الالتزام بما أنشأه فالبائع یملّک المشتری المبیع و یملّکه التزامه بکون المبیع بدلا للثّمن فیملک المشتری المثمن و التزام البائع کما یملک البائع الثّمن و التزام المشتری فکلّ منهما یملک التزام صاحبه و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یدلّ علی وجوب الوفاء بهذا الالتزام الّذی به سمّی العقد عقدا و عهدا مؤکّدا کما أنّ بالإقاله تنحلّ هذا الالتزام و یرد کلّ منهما الالتزام الّذی ملکه إلی صاحبه و الخیار ملک کلا الالتزامین و لذا یثبت فی کلّ ما یجری فیه الإقاله و بالعکس

فإذا کان الالتزام من منشئات المتعاقدین فلو اشترطا أن لا یکون هذا فی مدّه معیّنه لأحدهما فلا یملک المشروط علیه التزام المشروط له و إذا ارتفع موضوع الحکم فلا حکم حتّی یکون شرط خلافه مخالفا للکتاب و لو لم یکن الأدلّه العامّه الوارده فی الشّروط لکفی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لصحه هذا الشرط لأنّ وجوب الوفاء بما التزم به کلّ عاقد علی نفسه إنّما هو عین وجوب الوفاء بأن لا یکون العقد لزومیّا فی مدّه کما أنّ شرط سقوط الخیار کذلک فتأمّل

[مسأله لا فرق بین کون زمان الخیار متّصلا بالعقد أو منفصلا]

قوله قدس سره مسأله لا فرق بین کون زمان الخیار متّصلا بالعقد أو منفصلا إلی آخره

تنقیح ما فی هذا العنوان یتوقّف علی بیان أمور الأوّل أنّه لا مانع من صیروره العقد جائزا بعد ما کان لازما لعدم قیام الدلیل علی امتناع هذه الکبری مضافا إلی ثبوت نظیرها فی الشّرع کخیار التّفلیس و التأخیر الثّانی أنّه لا تحدید لمدّه الخیار فی طرف القلّه أو الکثره

نعم لا بدّ أن تکون المدّه مضبوطه فلو جعلها أبدا أو مدّه العمر فی طرف الزیاده أو بمقدار یمکن فیه إعمال الخیار فی طرف القلّه فإنّما یبطل من جهه الجهل بالمدّه لا من حیث الزیاده و النّقیصه بل یمکن أن یقال أن جعله أبدا یبطل من جهه أخری أیضا و هی منافاته لمقتضی العقد فإن مقتضاه بمدلوله الالتزامیّ هو التزام کلّ من المتبایعین بما أنشأه فلو لم یلتزم أحدهما به فی

مقدار من الزّمان فهو ينافى إطلاقه و لا بأس به و أمّا لو لم يلتزم به أبدا فهو ينافى مقتضاه و يفسد

الثّالث أنّ العقد تاره مبنىّ على المحاباه و التّسالم كالصّلح و المحاباتى و أخرى مبنىّ على الدّقه و الأوّل لا يضرّ فيه جعل الخيار مدّه مجهوله على الأظهر من الأدلّه كما لا يضرّ فيه الجهل بالعوضين و الثّانى يضرّ فيه الجهاله كما تضرّ فى نفس العوضين لا لأدلّه الغرر بل لاعتبار العلم بالعوضين بدليل خاصّ و الدّليل و إن كان ناظرا إلى نفس العوضين إلّا أنّ الشّرط بمنزله الجزء فهو راجع إلى ضميمه إلى أحد العوضين فالجهل به يسرى إليهما لكن اعتبار العلم بهما إنّما هو فى خصوص البيع

و أمّا فى سائر العقود المعاوضيّه فاعتباره لا بدّ أن يكون من جهه الغرر و الخطر و أدلّه الغرر و إن اختصّ بعضها بالبيع إلّا أنّ بعضها الآخر عام ثم إنّ الغرر فيما اشترط فى البيع حيث إنّه راجع إلى نفس

البیع فالاستدلال بفساده من جهه نفی الغرر العام و إن صحّ إلّا أنّه لا موجب له لما عرفت من سرایه الضّمیمه إلی البیع و البیع الغرری بنفسه فاسد للدّلیل الدالّ صریحا علی أنّه لا غرر فی البیع

ثم لا فرق فی صوره البطلان بین أن لا یذکر مدّه أصلا أو یذکر مدّه مجهوله أو مطلقه فالأوّل کما لو اشترط أن یکون له الخیار و الثّانی کما لو اشتراط أن یکون عند قدوم الحاج و الثالث کما لو اشترط أن یکون مدّه خلافا لجماعه حیث جعلوا مدّه الخیار فی الصّوره الأولی ثلاثه أیّام و فی محکی الخلاف وجود أخبار الفرقه به و فی الجواهر صحّه هذه الصّوره لأنّ الغرر مندفع بتحدید الشّرع و إن لم یعلم به المتعاقدان کخیار الحیوان

و لکنّه لا یخفی أوّلا أنّ التمسّک بالأخبار الّتی لا نعرفها بعینها لا وجه له بعد احتمال عدم دلالتها فإن مجرّد جبران قصور إرسالها بذکر الشّیخ قدس سره لا یوجب صراحتها فی المدّعی بل و لا ظهورها فیه و ثانیا علی فرض صحّتها سندا و تمامیّه دلالتها فهی موجبه لتخصیص أدلّه الغرر أو الأدلّه الدالّه علی اعتبار العلم بالعوضین و لو أحقهما من الشّروط لا التّخصّص فإنّ التّحدید بالثّلاثه فی الشّرع لا یخرج الغرر عن الغرریّه مع أنّه لو سلّم ذلک أیضا فلا أثر له لأنّ الشّرط یخرج عن الغرر لو قصد المشترط إجمالا المدّه الّتی هی محدوده بحدّ واقعا و إن لم یعرفها تفصیلا کالوصیّه بالکثیر أو القدیم فإنّ الموصی یقصد ما هو معنی الکثیر واقعا عند الشّارع و إن لم یعلمه تفصیلا

و علی هذا الوجه یمکن تطبیق الصّوره الأخیره و هی ما لو قال بشرط أن یکون لی الخیار مدّه فإنّه لو کانت المدّه محدوده بالثّلاثه و العاقد قصد ما هو معناها واقعا یخرج عن الغرر و الجهاله و أمّا الصوره المبحوث عنها و هی ما إذا قال لی الخیار و لم یذکر مدّه أصلا فلیس هنا شی ء مبهم حدّده الشّارع حتی یخرج عن الجهاله بقصد الجاعل لما هو الواقع هذا مع أنّه إنّما یصحّ ذلک لو علم المشترط تجدید الشّارع و أمّا فی صوره الجهل بأصل التّحدید فکیف یقصد ما هو المحدود واقعا

و بالجمله خروج هذا الشّرط عن الغرر موضوعا ممّا لا محصّل له مع أنّ الخروج الموضوعی الّذی قصده القائل هو التخصّص و التخصّص عباره عن الخروج التّکوینی و فی المقام لو ثبت التّحدید الشّرعی یخرج عن الغرر بالحکومه

ثم لا وجه لقیاس المقام علی خیار الحیوان فإنّ ثبوته فی الحیوان إنّما هو لدلیل شرعیّ و لا یختصّ بعلم المشتری أو جهله فإنّه من الآثار الشّرعیّه فی بیع الحیوان و أین هذا ممّا هو من مجعولات المتبایعین فإنّ جعلهما مدّه خاصّه کالثّلاثه یتوقف علی بیانهما صراحه أو بیان ما ینطبق علیه واقعا و هو منحصر فی ما لو علم إجمالا بأنّه مبیّن واقعا و إن لم یعلمه تفصیلا و أین هذا من الجاهل المطلق

[مسأله مبدأ هذا الخیار من حین العقد]

قوله قدس سره مبدأ هذا الخیار من حین العقد إلی آخره

قـد ذكرنا سابقا فى خيار الحيوان أنّه لا مانع من اجتماع سـببين للخيار فإنّه و إن لم يقبل التعـدّد و لا التأكّد إلّا أنّه يمكن اختلافه باختلاف أسـبابه فيؤثّر من جهه أحـد أسـبابه و يسـقط من جهه الآخر فعلى هـذا لو جعلا مبدأه منفصـلا عن العقد فهو و لو أطلقا فمبدؤه من حين العقد

ثم إنّه لو قلنا بأن مبدأه حين فقد سائر الخيارات فلا يرد إشكال المصنف قدس سره عليه بأن الحكم بثبوته من حين التفرّق حكم على المتعاقـدين بخلاف قصدهما فإنّ تبعيّه العقود للقصود و وجوب عدم تخلّفها عنها إنّما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر

مضادّ له كما لو قصد البيع و ترتّب عليه الهبه أو قصد المتعه و ترتّب عليه الدّوام بناء على كونهما حقيقتين و أمّا بيع ما يملك و ما لا يملك فحيث إنّ القصد فيه فى الحقيقه ينحلّ إلى قصدين فهو ليس من تخلّف القصد عن العقد و فى المقام و إن قصدا كون مبدئه حين العقد إلّا أنّهما قصدا من حينه إلى سنه مثلا فلو حكم الشّارع بأنّهما ما داما فى المجلس ليس لهما خيار الشّرط فهو ليس من تخلّف العقد عن القصد

و بالجمله كون صحّه بيع ما يملك مع ضمّ ما لا يملك إليه على طبق القواعد ليس إلّا لعدم كونه من موارد تخلف العقد عن القصد و قد ذكرنا فى المعاطاه فى جواب استبعادات الشّيخ الكبير ما يزيد توضيحا للمقام

مسأله يصحّ جعل الخيار الأجنبىّ]

قوله قدس سره مسأله يصحّ جعل الخيار الأجنبىّ إلى آخره

تنقيح هذا العنوان يتوقّف على بيان أمور الأوّل فى تحقيق ما ذكره المصنف من ضعف منع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين فنقول إنّ ما يتخيّل وجها لفساد جعل الخيار للأجنبىّ أمران الأوّل أنّ الخيار ليس معنى اسميّا و ملحوظا استقلاليا و كان مجرّد السّلطنه على الفسخ و الإمضاء بل هو معنى حرفىّ و هو عباره عن ردّ كلّ مال إلى مالكه الأصلى أو إبقائه و إقراره فى ملك مالكه الفعلى و هذا ينفذ ممّن كان زمان المال بيده و أمّا الأجنبىّ فأجنبىّ عنه

و بعباره أخرى و إن كان الأصل فى كلّ حقّ أن يكون قابلا للإسقاط لأنّ هذا هو الفارق التّام بينه و بين الحكم إلّا أنّه ليس كلّ حق قابلا للنّقل إلى الغير و على فرض كونه قابلا له فليس قابلا للنّقل إلى كلّ أحد فإنّ حق القسم قابل للتّمليك إلى الزّوج و الضره و لكن لا يقبل التّمليك إلى الأجنبى فالخيار أيضا و إن كان قابلا لتمليك أحدهما إلى طرفه كما ذكرنا فى مثل قول أحدهما للآخر اختر إلّا أنّه لا يقبل التّمليك إلى الأجنبى

الثّانى معنى الخيار أنّ الالتزام الذى ملّكه أحدهما من صاحبه زمام أمره بيده المملك و هذا بعد الفراغ عن مالكيّه التزام الآخر فهو ملك كلا الالتزامين و الأجنبى لا يملك التزام الطّرف الآخر حتى يملك التزام من له الخيار و قد أجاب المصنف عن هذا بأنّه لا مانع عنه لأنّه نظير إرث الزّوجه للخيار مع عدم إرثها من العين كالعقار و فيه بعد الغضّ عمّا فى مسأله إرث الزّوجه من الإشكال أنّ جعل الخيار للأجنبى لو كان على نحو جعل الملك الحقيقىّ فلازمه إرث وارث الأجنبى عنه لأن ما تركه لوارثه و أمّا لو كان على نحو التفويض الراجع إلى أنّ نظره متّبع و أنّه مالك لتسليم الالتزام الّذى هو تحت يد المالك إلى الطّرف أو إبقائه للمالك فهو كالوكيل فى القبض و الإقباض فلا مانع عنه و على هذا لا يرثه وارثه لأنّه لا يملك شيئا حتّى يرثه وارثه و يجب عليه أيضا مراعاه مصلحه المالك لأنّه ليس كسائر الملاك يتصرّف كيف يشاء

و على هذا فثبوت الخيار له متوسّط بين الملكيّه و الوكاله فلا يمكن ترتيب آثار الملك عليه حتّى يرث وارثه و لا ترتيب آثار الوكاله حتى يمكن عزله بل هو نظير التوليه على الوقف فلا بدّ أن يراعى غبطه من جعل له الخيار و لا يرد الإشكالان عليه لأنّ

الخيار عباره عن حلّ العقـد و لازمه رجوع كلّ مال إلى المحلّ الّذى خرج عنه لا رجوعه إلى ملكه من حلّ العقـد و لا مانع من كون الأجنبى مالكا لكلا الالتزامين من قبل ذى الحقّ

الأمر الثّانى أنه قـد يجعل الخيار الواحد و قد يجعل المتعدّد و على الثّانى قد يجعل خيارا واحدا لهم و قد يجعل لكلّ منهم خيارا مستقلا فلو كان الخيار لواحد فالمتّبع فسخه أو إمضاؤه و لو كان

للمتعدّد فلو كان ثبوت الخيار لهم من باب أنّ كلّ واحد من مصاديق ذى الخيار كخيار المجلس بناء على ثبوته للموكل و الوكيل المفوّض فإنّ الخيار لكلّ منهما من باب أنّ كلّ واحد من مصاديق البيع أى الخيار ثابت لجنس البيع لا للعموم لكلّ من سبق إلى إعمال الخيار نفذ منه

ففى المقام لو كان جعل الخيار للوكيل أو الأجنبى المتعدّد كثبوته للوكلاء طولا فكل من سبق إلى إعماله نفذ منه و ذهب به موضوع حق الآخر و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و لو كان الخيار للمتعدّد بلحاظ وصف اجتماعهم فلا يؤثّر إلّا اجتماعهم فى الفسخ أو الإمضاء دون استقلال كل واحد و لو كان لكلّ واحد مستقلا و فى عرض الآخر فيقدم الفاسخ و لو كان متأخّرا على المجيز لأن إجازه المجيز إنّما يؤثّر من طرف نفسه فيبقى الحق للآخر فلو فسخه ينحل به العقد

الثّالث لو قلنا بأن جعل الخيار للأجنبى تفويض إليه أو توكيل له فلا شبهه فى احتياجه إلى قبوله و أما لو قلنا بأنّه تمليك فتوقّفه على قبوله مبنىّ على انحصار الملك القهرى بالإرث و الوقف على البطون و أمّا لو قيل بحصوله من شرط النتيجه و نحو ذلك من دون توقّفه على قبول من جعل الملكيّه له فنفس الجعل كاف فى حصوله

الرابع فى شرح عباره الوسيله و الدّروس أمّا الأوّل فقوله إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل يحتمل أن يكون مراده لو جعل المتبايعان الخيار لأنفسهما بوصف الاجتماع أى على نحو كان بنظرهما فلو اجتمعا فهو و إن خالف أحدهما الآخر بطل أى لم ينفذ لا الفسخ و لا الإجازه و لكن جعل الخيار كذلك لغو لأنّ لهما الإقاله بلا إشكال فلا فائده لهذا الجعل

و يحتمل أن يكون لهما على نحو الاستقلال فقوله و إن لم يجتمعا أى لو فسخ أحدهما و أمضى الآخر بطل البيع أى يؤثّر الفسخ تقدّم على الإجازه أو تأخّر و قوله و إن كان لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء أى إن رضى الأجنبى و قبل جعل الخيار له نفذ البيع أى ليس لمشترط الخيار للأجنبىّ خيار فى البيع و البيع نافذ فى حقّه من هذه الجهه و إن كان خياريّا بالنّسبه إلى الأجنبىّ و إن لم يرض أى و إن لم يقبل الأجنبى فالمبتاع بالخيار لتعذّر الشّرط و على هذا فقوله كان المبتاع بالخيار فى غايه الارتباط مع كلامه السّابق و هذا بخلاف ما إذا حمل قوله و إن رضى نفذ البيع على أنّه لو أمضى العقد فإنه لا معنى لقوله و إن لم يرض أى و إن فسخ كان المبتاع بالخيار

و أمّا الثانى فقوله يجوز اشتراطه لأجنبى منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلّا لم يكن لذكره فائده يحتمل أن يراد منه كون الأجنبى منضما مع أحد المتبايعين أى إعمال الخيار لهما بوصف الاجتماع و يحتمل أن يكون مستقلا فعلى الأوّل يكون قول المصنف مؤيدا له لأن معنى كلام الدّروس أنّه لو خولف أى لو فسخ الأجنبى و أجاز الأصيل أمكن اعتبار فعله أى صار الإجازه كالعدم لأنّ نظر الأجنبى متّبع أيضا فأيّده المصنف بما حاصله أنّه لا شبهه فى ذلك لأنّه لو أجاز الأجنبى و فسخ الأصيل لا يؤثّر إجازته فلو لم يعبر بفسخه و كان وجوده كالعدم بأن يؤثر إجازه الأصيل فلا يكون لذكره فائده و على الثّانى يكون كلام المصنف فى مقام الإيراد لأنّ ظاهر كلام الدّروس أنّ فعل الأجنبى معتبر مطلقا أجاز أو فسخ فأورد عليه المصنف بأنّ فائده جعل الخيار له ليس اعتبار فعله مطلقا

نعم لو لم يمض فسخه مع إجازه الأصيل لكان ذكره بلا فائده لأنّ المفروض عدم مضيّ إجازته مع فسخ الأصيل و أمّا لو أثر فسخه

فلا يكون ذكره لغوا و بالجمله فحاصل الإيراد أنّه لا يعتبر فعل الأجنبى المخالف مطلقا بل إنّما يؤثر فسخه دون إجازته مع فسخ الأصيل

[مسأله من أفراد خيار الشّرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]

اشاره

قوله قدس سره مسأله من أفراد خيار الشّرط ما يضاف البيع إليه إلى آخره

الوجوه المتصوّره فيه تنتهى إلى سبعه الأوّل أن يكون الخيار معلّقا على الرّد فى مدّه معيّنه كسنه مثلا فى أىّ زمان ردّ الثّمن فى ظرف السّنه كان له الخيار الثّانى أن يكون الخيار معلّقا على ردّ الثمن فى خصوص آخر السّنه الثالث أن يكون الفسخ معلّقا على الرّد لا الخيار الرّابع أن يكون الرّد فسخا فعليا الخامس أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقاله على المشترى السادس أن يكون شرطا لوجوب بيعه من مالكه الأصلى السّابع أن يكون قيدا لانفساخ العقد و كلّ هذه الوجوه صحيحه إلّا السّابع

أمّا الأوّل و الثّانى فلا محذور فيهما إلّا التّعليق و الجهاله فى خصوص الأوّل أمّا التّعليق فلم ينهض لبطلانه دليل إلّا الإجماع و معقده العقود لا الشّروط فى ضمنها و أمّا الجهاله فإنّما تضرّ لو لم يعين مدّه أصلا كأن يقول إذا جئت بالثّمن فى أىّ وقت كان لى الخيار فيصير كما لو قال بشرط أن يكون لى الخيار إن قدم زيد و هذا بخلاف ما لو قال لى الخيار إذا جئت بالثّمن فى أىّ وقت من الأوقات من زمان العقد إلى سنه فإنّ الخيار هنا غير مجهول إلّا من باب الجهل بالمعلّق عليه و هو يرجع إلى إشكال التّعليق لا الجهاله

و أمّا الثّالث و الرابع و الخامس فلا إشكال فيها أصلا كما هو واضح و أمّا السّادس فقد استشكل فيه بالدور و بالأخبار الوارده فى خصوص المقام و سيجى ء فى باب الشّروط اندفاع الدّور و أنّ الأخبار ناظره إلى أنّ المقصود لو كان هو البيع الحقيقىّ فلا بأس به و لو كان هو البيع الصّورى و كان المقصود الأصلى الرّباء كأن يشترى نسيئه و يبيعه من البائع نقدا بأقلّ من قيمه النّسيئه على نحو لم يكن للمشترى عدم البيع و لا للبائع عدم الشّراء بل كان كلّ منهما ملزما بالمعامله ثانيا يبطل و أمّا لو اشترط البائع على المشترى أن يبيعه بعد سنه إذا جاء بمثل الثّمن مع قصدهما البيع الحقيقى فلا يشمله الأخبار

و أمّا الوجه السّابع فيرد عليه أحد المحذورين و هو إمّا انفساخ العقد بلا سبب و إمّا اقتضاء وجود الشّى ء عدم نفسه فإنّ بيع الدّار و اشتراط انفساخه بردّ مثل الثّمن إمّا يرجع إلى شرط انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل لأنّ انتقال الدّار من المشترى إلى البائع بلا سبب أى بلا إنشاء قولىّ و فعلىّ غير ثابت فى الشّريعه فيكون شرطا مخالفا للكتاب و إمّا يرجع إلى أنّ نفس اشتراط الانفساخ إنشاء للفسخ فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشّرط فلا بيع حتى يشترط فى ضمنه انفساخه بردّ مثل الثّمن

و بالجمله يجب أن يكون البيع محقّقا ثابتا حتّى يشترط فى ضمنه شرطا سائغا كملكيّه الكتاب مثلا بناء على عدم اعتبار حصولها من سبب خاص بأن لم تكن كالنّكاح و الطّلاق المتوقّف حصولهما على أسباب خاصّه و أمّا إذا كان البيع منفسخا بالشّرط

الحاصل فى ضمنه فلا يعقل تأثير هذا الشّرط فى الملكيّه و لا يقاس إنشاء انفساخ العقد بهذا الشّرط الّذى هو ردّ الثمن على اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد فإن اشتراط سقوطه مؤكّد لبقاء العقد فإنّ العقد مقتض للخيار فإسقاطه لا ينافى العقد و هو أيضا ليس إسقاطا لما لم يجب

و هذا بخلاف إنشاء انفساخه فعلا مشروطا بردّ الثّمن فإنّ هذا الإنشاء مناقض للعقد و لا يمكن تصحيحه بكون ظرف الرّد متأخّرا فإنّ الاشتراط فى ضمن العقد فعلىّ و إن علّق على أمر متأخّر بل لو سلّم أن إنشاء الفسخ على تقدير غير حاصل لا يلزم من وجوده

عدمه لأنّ ظرف حصول الانفساخ متأخّر و المقارن للعقد هو ظرف الإنشاء إلّا أنّه يجب أن يكون الشّارط مالكا لهذا الشّرط كالبائع إذا باع و ارتهن قبل قبول المشترى و كمن وكّل شخصا فى نكاح زوجه و طلاقها و رجوعه إليها ثم طلاقها فإنّ فى هذه الموارد واقع النّكاح مقدم على واقع الطّلاق و إنشاؤه كذلك أيضا فهو مالك للإنشاء المترتّب على إنشاء آخر فكما أنّ واقع المترتّب فى ظرف حصول المترتّب عليه متأخّر فكذلك إنشاؤه و هكذا جعل الخيار فى ضمن العقد أو شرط السّقوط فى ضمنه فإنّ التزام الموجب حاصل بنفس إيجابه فله إسقاطه و هذا بخلاف انفساخ العقد فإنّه لا يملكه

نعم اشتراط انفساخ عقد آخر خيارىّ فى ضمن هذا العقد لا مانع عنه بحيث كان نفس هذا الإنشاء فسخا له و هذا بخلاف أن يقول بعتك بشرط أن يكون منفسخا

ثم إنّه بعد ما عرفت من صحّه جعل الخيار بأحد الوجوه السته بمقتضى القواعد العامّه فتطبيق الأخبار الخاصّه على أحد الوجوه لا موجب له لا سيّما حمله على الوجه السابع الّذى هو الرابع فى كلام المصنف قدس سره مع أنّ أكثرها ظاهر فى كون الرّد فسخا فعليا أو مقدّمه لإنشاء الفسخ أو الإقاله أو التّمليك ثانيا أو كان الشرط سببا لكون المبيع له عند الرّد كما هو ظاهر الغنيه فإنّ ملكيه البائع للمبيع ثانيا بالاشتراط فى ضمن العقد بلا إنشاء على حده من المشترى لا مانع عنه للفرق بين إنشاء الملكيه بالاشتراط و إنشاء الفسخ به و الفارق هو أنّ الأوّل لا يستلزم من وجوده عدمه بخلاف الثّانى

[توضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور]

[الأمر الثّانى الثّمن المشروط ردّه إمّا أن يكون فى الذمّه و إما أن يكون معينا]

قوله قدس سره الأمر الثّانى الثّمن المشروط ردّه إمّا أن يكون فى ذمّه إلى آخره

الثّمن إذا كان نقدا قد يكون كليّا و قد يكون شخصيّا فإذا كان كلّيا و اشترط الخيار بردّه فلو قبضه فردّه يتحقّق بمثله أيضا كما يتحقّق بنفس المقبوض لأنّ كلّ فرد من مصاديق الكلى و شرط ردّ الثمن معناه شرط ردّ ما كان مصداقه

نعم لو شرط ردّ المقبوض فلا يتحقّق ردّه إلّا بردّ عين المقبوض إلّا أن يقال بعد تعيّن الكلّى بالفرد المقبوض فالثمن هو المقبوض بشخصه فردّ الثّمن معناه ردّ ما هو الثّمن فعلا و المصداق الآخر ليس ثمنا و لو لم يقبضه فهل له الخيار أو لا وجهان وجه الثّانى أنّ معنى جعل الخيار بشرط الرّد هو شرط القبض ليتحقّق موضوع الرّد و لكن الأقوى هو الأوّل لأنّ الرد أخذ طريقا لوصول الثّمن إلى المشترى

نعم لو علم من الخارج أن الغرض تعلّق بالرّد بما هو ردّ فليس له الخيار و بالجمله فى مورد الإطلاق ينزّل الشّرط على ما هو المتعارف نوعا و العرف و العاده يرون الرّد طريقيّا نعم لو قيّده بما هو خارج عن المتعارف و كان اشتراطه عقلائيا جامعا لشرائط الصّحه فلا مانع عنه و إذا كان الثّمن شخصيّا فتاره يقع الكلام قبل قبضه و أخرى بعده

أمّا قبل قبضه فحكمه حكم الكلّى بل بمقتضى ما قدّمناه من عدم الفرق بين الكلّى و الفرد فى مورد القبض لأنّ الكلّى يتعيّن فى المقبوض فالحكم فى كلتا الصّورتين واحد فعلى هذا لو قبض الثمن سواء كان كليّا أم شخصيّا فتاره يشترط ردّ عينه و أخرى يشترط ردّ الأعمّ من البدل و من العين و ثالثه يطلق

فإذا اشترط رد عينه بشخصه فلا خيار له فى مورد التّلف كان التّلف سماويّا أو بمتلف أجنبيا كان أو نفس البائع و إذا جعل الخيار بشرط ردّ الأعمّ فتاره يقيده بمورد التلف أى يجعل الخيار بشرط رد العين مع وجودها و بدلها مع تلفها و قد يطلقه و قد يقيّده بصوره بقاء العين فلو جعل ردّ البدل فى صوره التّلف فلا إشكال فى أنّه مع بقائها يجب ردّها و مع تلفها يردّ بدلها و لو أطلق فلو قلنا بصحّه التّقييد بصوره البقاء فلا إشكال و أما مع فساده فالإطلاق ينزّل على مورد التّلف

فيجب التكلّم فى صوره التّقييد فنقول لو جعل الخيار المشروط بالرّد مقيّدا بردّ مثل العين و لو مع بقائها فقد يكون الرّد فسخا فعليا أى قيّد الفسخ بالرّد لا الخيار

ففی هـذه الصوره لاـ یصـحّ شـرط ردّ البـدل مع بقـاء العین لأـنّ حقیقه الفسـخ ردّ کـلّ مـال إلی مـالکه الأصـلی و رد غیر المال المفروض وقوع الفسخ به لیس ردّا للمال إلی مالکه ففی هذه الصّوره الشّـرط فاسد بلا إشکال إلّا أن یقال مرجع هذا الشّرط إلی إسـقاط الخصوصـیّه العینیّه و الرضاء بالمالیّه و النّوعیّه فإنّ تنزیل إسـقاط الخصوصـیّه منزله إسقاط الأوصاف فی من له علی ذمّه غیره طعام موصوف بوصف خاص بمکان من الإمکان کما سنشیر إلیه

و علی هذا ففی غیر مورد خیار الشّرط لو فسخ ذو الخیار فمقتضی الفسخ رجوع کلّ ملک إلی مالکه فإسقاط الخصوصیّه و رضا کلّ منهما ببدلیّه غیر ماله عن ماله مبنیّ علی استفاده ذلک من قاعده علی الید کما سیظهر الإشاره إلیه

و أمّـا فی مورد خیـار الشّـرط فیمکن شـرط ردّ مثـل الثّمن و شـرط ردّ المثـل فی القیمیّ و القیمه فی المثلیّ فی نفس هـذا العقد المشـروط المثبت للخیار لأنّه ینحلّ إلی شرطین شرط تحقّق الخیار و شرط مالکیّه کلّ منهما لما فی یده من مال المالک الآخر و لیس هـذا الشّـرط مخالفـا للکتـاب بـل مخـالف لإطلاـق الفسـخ فـإنّ إطلاقه یقتضـی ردّ العین ما دامت موجوده و بالشّـرط یقیّد الإطلاق فیجعله فی حکم صوره التّلف

و أمّا لو کان الرّد مقدّمه للفسخ أو معلّقا علیه الخیار أو مقدّمه للإقاله أو البیع فلا محذور فیه لأنّ الفسخ لا یتحقّق به و إنّما یصـیر المردود فی ید المشتری بمنزله المقبوض بالسّوم فإذا فسخ البائع بعد هذا الرّد ینتقل الثّمن الموجود إلی المشتری و المردود باقی فی ملک البائع فلهما أن یتراضـیا علی کون کلّ منهما بـدلا عن الآخر نظیر أداء القرض بمال آخر و یصـیر الشّـرط سـببا لوجوب رضا کلّ منهما ببدلیّه ما فی یده لمال الآخر

و لکنّه لا یخفی أنّ هذا یصحّ بناء علی ما ذکرنا من معنی ضـمان الید المسـتفاد من علی الید ما أخذت بأن یکون أخذ مال الغیر بدون التّلف موجبا لصـیرورته فی ذمّه الأخذ بمالیّته و نوعیّته و شخصیّته فلصاحب المال إسقاط کلّ واحد من هذه الخصوصیات بأن یرضـی ببـدله و علی هـذا یصـحّ اشتراط ردّ القیمه فی المثلیّ و بالعکس لأنّ له إسـقاط المالیّه و الاکتفاء ببـدله من غیر هـذا الجنس و لو لم یکن بهذا المقدار من القیمه أو إلقاء نوعیّته الّتی بها صارت العین مثلیّه و الاکتفاء ببدلها من حیث المالیّه

و أمّـا لو قلنـا بأن مفاد علی الیـد هو الضـمان عنـد التّلف فما دام العین موجوده لا یمکن أن یکون بـدلها منتقلا إلی المشتری إلّا بالمبادله فلا یصحّ و بالجمله الإشـکال مبنیّ علی أصل مسأله الضّـمان و حیث اختار المصنف أنّ معنی علی الید استقرار الضّمان بالتّلف و لذا اختار قیمه یوم التّلف فی القیمیّ فلا یصحّ اشتراط کون المدفوع إلی المشتری بدلا عن ماله

نعم نفس شـرط ردّ غیر ماله إلیه لتحقّق الخیار أو الفسـخ أو الإقاله لا مانع عنه إلّا أنّه لا تصـحّ بـدلیّه المردود عن الثّمن الموجود عنـد البـائع من دون مبادله هـذا کلّه إذا کان الثّمن نقـدا و أمّا إذا کان فی الـذمّه فإن کان فی ذمّه المشتری فحکمه حکم الکلّی النّقـدی قبـل القبض و بعـده و إن کان فی ذمّه البائع فحیث إنّ الإنسان لا یملک ما فی ذمّه نفسه فهو بمنزله التّلف فله ردّ مثله أو قیمته بل لا معنی لشرط ردّ الثّمن فی هذه الصّوره إلّا ردّ مثله أو قیمته

[الأمر الثّالث قیل أنه لا یکفی مجرد الرد فی الفسخ]

قوله قدس سره الأمر الثّالث قيل ظاهر الأصحاب إلى آخره

لا يخفى أنّه لم يستشكل أحد فى صحّه إنشاء الفسخ بالفعل و لم يدّع مدّع اعتبار كونه بالقول فإنّ الأصحاب صرّحوا بكفايه ما دون و مثل ردّ الثمن فى إنشاء الفسخ به بل نظرهم فى المقام إلى العقود المتعارفه بين النّاس و المتعارف عندهم أنّ الرّد مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقاله فيجب بعده إنشاء الفسخ أو إعمال الخيار أو الإقاله بأمر آخر غير هذا الرّد الّذى به يتحقّق ملك الخيار أو الفسخ و الإقاله

[الأمر الرّابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]

قوله قدس سره الأمر الرّابع إلى آخره

لا يخفى أنّ إسقاط الخيار بعد العقد و إن صحّ على الوجه الثّاني و الثّالث فى المتن و لا اختصاص له بالوجه الثّاني لأنّه لا فرق بين كون الرّد فسخا فعليا و كونه مقدّمه للفسخ القولى إلّا أنّ صحّتها إنّما هى لكونه مالكا للخيار و على هذا يصحّ إسقاط الشّرط على الوجه الأوّل و الثّانى اللّذين ذكرناهما من الوجوه و هما أن يكون الخيار معلّقا على الرّد فى مجموع المدّه أو فى رأس المدّه و بعد انتهائها لأنّ الخيار و إن لم يتحقّق بعد على الوجهين إلّا أن المشترط مالك للشرط فله إسقاطه

و بالجمله فى خروج إسقاط الشّرط و الخيار عن إسقاط ما لم يجب لا يكفى تحقّق سببهما الّذى هو العقد بل لا بدّ من تحقّق الملكيه لمن يسقطهما و صحّه إسقاط خيار المجلس و الحيوان فى ضمن العقد لم تكن من جهه تحقّق سببه من الإيجاب بل لأنّ إنشاء الإسقاط مترتّب على الإيجاب فإنّ الموجب مضافا إلى تمليك ماله للمشترى ملّكه التزامه فإذا جعل الشّارع أمر الالتزام بيد المملّك فله التّجاوز عن حقّه و جعل هذا الالتزام لطرفه فعلى هذا لو كان الخيار ثابتا له و كان الرّد فسخا فعليا أو مقدّمه للفسخ فله إسقاط الخيار و لو لم يكن ثابتا بل كان مقيّدا بالرّد أو كان الرّد شرطا للإقاله أو البيع ثانيا فله إسقاط الشّرط لأنّه ملك له

قوله قدّس سره و لو تبيّن المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معيبا كفى فى الرّد إلى آخره

تنقيح الفرق بين الصّورتين سيجى ء مفصّلا و لا بأس بالإشاره إليه إجمالا و هو أنّه لا شبهه فى أنّ قوام ماليّه المال إنّما هو بصورته النّوعيّه العرفيّه الّتى هى أخصّ من الصوره النّوعيّه باصطلاح أهل المعقول فإنّ العبد و الجاريه فى اصطلاحهم نوع واحد و لكنّهما فى مقام البيع متغايران فإذا كان قوامها بالصّوره النوعيّه فلو باع العبد الحبشى فتبيّن أنّه حمار وحشىّ بطل البيع سواء عيّن النّوع بنحو التّوصيف أو الشّرط كما أنّه فى مقام القبض أيضا لو أقبض بدل العبد حمارا بطل القبض لأنّ المقبوض غير ما تعلّق به البيع فإنّ البيع يتعلّق بالصّوره النّوعيّه لا بالماده الهيولائيّه و أمّا لو باع عبدا شخصيّا موصوفا أو مشروطا بغير صفه الصّحه كالكتابه أو باع و لو من دون توصيف أو شرط بالنّسبه إلى وصف الصّحه فلو ردّ العبد فى الأوّل و تبيّن فيه فقد الوصف و لو ردّه فى الثّانى و تبيّن فيه فقد الصّحه فله الخيار بين الرّضا بالفاقد أو الأرش و أمّا لو كان المبيع كليّا فحيث إنّه يتنوّع بالوصف على نوعين فلو ردّ غير الموصوف فله التّبديل لا لأنّ مرجع الموصوف أو المشروط إلى تعدّد المطلوب بل لأنّ ما يستحقّه فى عهده المشروط عليه هو القسم المتّصف بالوصف فله إسقاط ما يستحقّه و له مطالبه الوصف و لما لم يمكن إعطاء الوصف إلّا فى ضمن العين فيستبدل بعين أخرى

و بالجمله الكلّى الموصوف بغير وصف الصّحه يتعيّن مصداقه بالمتّصف فلو رد من غير الجنس فلا إشكال فى أنّه خارج عمّا يستحقّه و لو ردّ من الجنس فاقدا للوصف المشترط أو للصّحه يتحقّق به الرّدّ غايه الأمر له فى ذمّه المشروط عليه الخصوصيّه الكذائيه فله التبديل لاستيفائها

قوله قدس سره و يسقط أيضا بالتصرّف فى الثمن المعيّن إلى آخره

تنقيح ذلك الأمر يتوقّف على تمهيد مقدمات الأولى أنّ بين الثمن الشخصى و الكلّى فرقا فى جهه الظّهور فإنّ شرط ردّ الثّمن فى الشخصىّ ظاهر فى ردّ عين الثّمن و فى الكلّى ظاهر فى الأعمّ لأنّ الكلّى و إن تشخّص بالمدفوع إلّا أنّه بنفسه قابل للانطباق عليه و على غيره نعم لو شرط فى الشخصىّ ردّ غيره أو فى الكلّى ردّ شخص المدفوع يتبع شرطه فعلى هذا لو أطلق فى الشخصىّ و الكلى فالإطلاق على الأوّل

ينزّل على عين الثمن و فى الكلّى على الأعمّ الثّانيه أنّ مسقطيّه التصرّف و كونه فسخا فعليا لأحد الوجوه الثلاثه لأنّه إمّا للتنافى بين البناء على المالكيّه و البناء على الفسخ و إمّا لظهوره الفعلى فى الأخذ بأحد طرفى التّخاير و إمّا لظهوره النّوعى الثّالثه أن بناء المعاوضه فى البيع الخيارى غالبا على التصرّفات المتلفه فى الثمن بحيث عدّه غيره من الفرد النّادر الشّاذ

إذا عرفت ذلك نقول لو شرط ردّ عين الثّمن فلا إشكال فى أنّ التصرّفات النّاقله أو المتلفه فيه موجبه لسقوط الخيار لو وقعت فى زمان الخيار بل موجبه لعدم ثبوته و إطلاق المسقط عليها مسامحه و أمّا لو أطلق كأن قال بشرط أن ترد مالى كما هو مفاد روايه معاويه بن ميسره فمقتضى ما ذكرناه عدم سقوط خيار مطلقا كان الثمن شخصيا أو كليّا فإنّ الإطلاق و إن انصرف إلى ردّ العين فى الشّخصى إلّا أنّه فيما لم يكن بناء البائع نوعا على الانتفاع بالتّصرفات المتلفه و أمّا مع بنائه كذلك فيحمل الإطلاق على شرط ردّ الأعمّ لو كان الاشتراط صحيحا و لو مع بقاء العين أو يحمل على الأعمّ فى مورد التّلف

و بالجمله التّصرف من البائع إنّما ينافى فسخه أو أنّه ظاهر نوعىّ فى إجازته أو مصداق فعلىّ لها فى غير المورد الّذى بناؤه على التصرّف بل لو قلنا بأنّ التّصرف مسقط تعبّدى يخرج مورد البيع الخيارى عن دليل التعبّد إمّا لانصرافه عنه و إمّا لكون هذا البناء من البائع بمنزله الاشتراط الضّمنى بأن لا يكون هذا التصرّف مسقطا و هذا شرط سائغ لأنّه من حقوق المتبايعين و لو كان ثبوته من جهه النّص و التعبّد فإنّه لا يشترط عدم الحكم الشّرعىّ فى هذا المورد بل يشترط على المشترى أن لا يكون تصرّف البائع موجبا لمالكيّه المشترى التزام نفسه

و على هذا فكلام المحقّق الأردبيلى و من وافقه فى غايه المتانه و إيراد المصنف عليه فى الحقيقه تأييد له لأنّ مرجع كلامه إلى عدم السّقوط فى غير مورد شرط ردّ شخص العين و هو و من وافقه مورد كلامهم فى المتعارف بين النّاس و المتعارف عدم شرط ردّ خصوص العين لأنّ بناءهم كمفاد الأخبار اشتراط ردّ المال و هو أعمّ من العين و المثل بل لا يمكن شرط ردّ خصوص العين مع أنّ غرضهم الانتفاع بالثمن بالتّصرف النّاقل

كما أن إيراد المصابيح عليهم غير وارد فإنّ حاصل إيراده أنّ التصرف المسقط فى المقام من باب السّالبه بانتفاء الموضوع لأنّ التصرّف مسقط فى زمان الخيار و الخيار المشروط بردّ الثّمن يحصل للبائع بعد ردّه إلى المشترى لا قبله فلو تصرف بعد الردّ إليه يسقط خياره لتحقّقه دون ما إذا تصرّف فيه قبل الردّ و ذلك لأنّ الخيار و إن علّق على الردّ إلّا أنّه يتصوّر على وجهين لأنّه تاره يتحقّق الخيار بانتهاء المدّه كيوم بعد السّنه و أخرى جميع المدّه ظرف للخيار ففى أىّ ساعه ردّه له الخيار

و فى القسم الأوّل يرد إشكال المصابيح و أمّا فى القسم الثّانى فلا كما فى سائر الوجوه الأربعه الّتى تقدّم أنّ الردّ ليس قيدا للخيار أمّا فى سائر الوجوه فواضح و أمّا فى القسم الثانى من الوجه الأوّل فى كلام المصنف فلأنّ الخيار و إن علّق على الردّ إلّا أنّ التزام البائع حيث إنّه تحت يده و إن علّقه على الردّ فله إسقاطه بالتصرّف الّذى هو مسقط فعلى كما له إسقاطه قولا و مجرّد كونه معلّقا لا يوجب خروج الالتزام عن سلطنه لأنّه علّقه على أمر اختيارى كما لو جعل إعمال خياره فى مكان خاصّ أو عند الحاكم الشّرعى

و بالجمله كان له الردّ فى طول المده لتحقّق خياره فهو مالك له فله إسقاطه قولا و فعلا و ليس من إسقاط ما لم يجب لا لإيجاد سببه بل لكونه ملكا له فعلا

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ الوجه الأوّل فى كلام المصنف على قسمين و فى أحدهما يلتزم بإمكان إسقاط الخيار لا فى كليهما كما هو صريح

عبارته فی قوله نعم لو جعل الخیار و الردّ فی جزء معیّن من المدّه کیوم بعد السّنه إلی آخره فلا تنافی بین کلامیه فلا یرد علی ما أورده بعض المحشین

ثم إنّ محصّل کلام الجواهر فی الردّ علی المصابیح أمور ثلاثه الأوّل أنه لو قیل بأنّه لا خیار قبل الردّ یلزم جهاله مبدإ الخیار الثانی أنّه خلاف ما یستفاد من فهم العرف فإنّهم یفهمون من هذا الشّرط جعل الخیار فی طول المدّه لا بعد الردّ و الثالث أنه خلاف ما هو البناء من الأصحاب من ردّ الشّیخ القائل بتوقّف الملک علی انقضاء الخیار ببعض هذه الأخبار المستفاد منه أنّ غلّه المبیع للمشتری لأن حاصل کلامهم أنّ مجموع المدّه ظرف للخیار مع أنّ نماء المبیع للمشتری فلو توقّف الملک علی انقضاء الخیار لما کانت الغلّه للمشتری فمن ردّ الأصحاب مقاله الشّیخ بهذا الخبر یستفاد ثبوت الخیار مطلقا و إلّا لما کان وجه لاستدلال الأصحاب به علی ردّ الشیخ

و محصّل ردّ المصنف علی الجواهر أنّ الجهاله النّاشئه عن الردّ مع تعیین ظرف الخیار لا تضرّ و أمّا فهم العرف فلا یتبع فیما لو کان المدار علی کیفیّه جعل الخیار و أمّا استدلال الأصحاب فلعلّهم فهموا من مذهب الشّیخ توقف الملک علی انقضاء الخیار المنفصل أیضا و لا یخفی أنّ الأخیر لا یستقیم لأنّ الشّیخ یقول بالتوقّف فی نحو خیار المجلس و الشّرط لا مطلقا فلو لم یکن الخیار فی المقام متّصلا و کان بعد الردّ لما کان وجه لاستدلالهم بهذه الأخبار علی ردّ الشّیخ

و ینبغی التّنبیه علی أمرین الأوّل أنّ فائده النزاع فی ثبوت الخیار و عدمه قبل الردّ مع قابلیّه إسقاط الشّرط مطلقا لظهر فی التصرّف فإنّه لو کان الخیار ثابتا فی طول المدّه و کان الفسخ معلّقا علی الردّ لکان التصرّف التزاما بالملکیّه و أمّا لو لم یکن الخیار ثابتا فلیس التصرّف تصرّفا فی زمان الخیار و أمّا الشّرط فعلی أیّ تقدیر لا یسقط بالتصرّف لأنّ الإسقاط من العناوین الّتی لیست الأفعال مصداقا لها بل لا بدّ من تحقّقها بالقول

و بالجمله و إن کان الشّرط قابلا للإسقاط تحقق الخیار أم لا إلّا أن سقوطه منحصر بالقول بخلاف الخیار فإنّه یسقط مطلقا لأنّ التصرّف مصداق للالتزام الثّانی أنّه لا ینبغی الإشکال فی أنّ المشروط بالشّرط لا یتحقّق قبل حصول شرطه کان المشروط وضعا أو تکلیفا لامتناع الشّرط المتأخّر فلا یرد علی المصابیح بأنّه لو کان الخیار فی طول المدّه لکان التصرّف مسقطا لأنّه تصرّف فی زمان الخیار مع أنّ الخیار علی کلا الوجهین معلّق علی الردّ فقبل الردّ لا خیار و ذلک لأن فعلیّه الخیار و إن کانت متوقّفه علی الردّ مطلقا إلّا أنّ ملک التزام العقد بید ذی الخیار الذی هو البائع فی المقام فیما إذا کان الخیار فی طول المدّه لأنه قادر علی إقدار نفسه فی جمیع الأوقات فالتصرّف فی الثمن ردّ للالتزام العقدی الّذی کان زمام أمره بیده إلی المشتری بخلاف ما إذا کان الخیار منفصلا کیوم بعد السّنه فإن التزام نفسه فعلا بید المشتری

و بالجمله لا تنافی بین المشروطیّه و کون المشروط بید المشروط له و إن کان شرطه متأخّرا و لذا لو رجع المشرّط فی باب المسابقه و شکّ فی استحقاق السّابق السّبق مع رجوع طرفه یستصحب بقاء الحکم المشروط و هکذا الشکّ فی نسخ الحکم المشروط بل جریان الاستصحاب التّعلیقی منحصر فی أمثال هذه الموارد ففی المقام زمام أمر العقد بید البائع من زمان العقد إلی سنه مثلا فلو تصرّف ببناء مالکیّ و التزام عقدی فهذا التصرّف مسقط لحقّه و من هذا البیان قلنا إنّه یسقط بالإسقاط القولیّ أیضا

لأنّه ليس إسقاطا لما لم يجب

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى]

قوله قدس سره الأمر الخامس لو تلف المبيع إلى آخره

لا يخفى أنّ تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع إلّا بناء على أن يكون الخيار مطلقا

متعلقا بالعين أو اشتراط الردّ و الاسترداد الظّاهر فى ردّ العين بخصوصيّتها أو قلنا بأنّ ظاهر الشّرط فى المقام تعلّق الخيار تابعه لخصوصيّه فيها بنظر المشترط

و جميع الوجوه ضعيفه أمّا الأوّل فلما سيجى ء فى أحكام الخيار من تعلّق الخيار بالعقد و أمّا الثّانى فلأنّ ظاهر الأخبار الوارده فى المقام هو جعل الخيار للمشترط معلّقا على الردّ لا جعل الردّ له و أمّا الثّالث فلأنّ فى البيع الخيارى يتعلّق النّظر بماليّه المال غالبا و منشأ جعل الخيار فيه بيعه بأقل من ثمن المثل و لو كان منشأ جعل الخيار فيه الرغبه إلى الخصوصيّه العينيّه لباعها بثمن المثل و جعل لنفسه الخيار و البيع بثمن المثل لا يرغب فيه المشترى مع جعل الخيار للبائع إلّا أن يكون المبيع أمرا يرغب فيه المشترى جدا بحيث كان احتمال صيرورته له داعيا إلى الشّراء بثمن المثل مع جعل الخيار للبائع و لكن هذا نادر فلا وجه لتنزيل أخبار الباب على الفرد النّادر

و بالجمله تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع كان قبل ردّ الثّمن أو بعده و يظهر من صاحب الجواهر التفصيل بين بعد الردّ و قبله قال قدس سره و كما أنّ النماء له أى للمشترى فالتّلف منه بلا خلاف للصّحيح و الموثّق بل هو كذلك و إن كان بعد الردّ إلّا أنّه مضمون عليه لأنه وقع فى زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرّجوع إلى المثل أو القيمه بخلاف التّلف قبل الردّ الذى ليس زمان الخيار كى يستحقّ الرّجوع عليه بل المتّجه سقوط الخيار

انتهى و قبل بيان ما يرد على كلامه نقول لا إشكال فى أنّ مقتضى المعاوضه قبل القبض ضمان كلّ من المتعاقدين لما انتقل عنهما بضمان المسمّى و لازم ذلك أنّه لو تلف يتعيّن المسمّى للبدليّه أى ينفسخ العقد و يرجع كلّ مال إلى مالكه الأصلى و لا شبهه أنّ بالقبض ينتقل الضّمان أى يصير المالك ضامنا لما انتقل إليه و يتبدّل الضّمان المعاوضى أيضا بضمان اليد بمعنى أنّه لو تلف المبيع مثلا عند المشترى بعد القبض و طرأ عليه الفسخ أو الانفساخ أو الإقاله فالتالف مضمون عليه بالمثل أو القيمه فيسترجع الباقى عند الطّرف و يؤخذ منه المثل أو القيمه و لا شبهه أيضا فى أنّ انتقال ضمان التّالف إلى القابض إنّما هو لو لم يكن له الخيار و أمّا مع الخيار فالتّلف ممّن لا خيار له

نعم فى خصوص قاعده ضمان التّالف على من لا خيار له اختلف العلماء فى أنّ الحكم مطلق فى جميع الخيارات أو مختصّ بخيار الحيوان أو الشّرط أو هما مع المجلس و كذلك اختلفوا فى اختصاص الحكم بتلف البيع كتلف الحيوان فى يد المشترى مع ثبوت الخيار له أو يشمل تلف الثمن فى يد البائع إذا كان له الخيار

و على أىّ حال فمعنى قولهم إنّ بالقبض ينتقل الضّمان إلّا أن يكون خيار أنّ القبض وجوده كعدمه إذا كان للقابض خيار فيكون حال المقبوض كحاله قبل القبض فى أن ضمانه على مالكه الأصلى و هو الضّمان المعاوضى فإذا تلف الحيوان فى يد المشترى الّذى له الخيار ينفسخ البيع و يردّ الثمن الموجود عند البائع إذا لم يكن له الخيار إلى المشترى إذا

عرفت هذا نقول يرد عليه أوّلا أنّ مقتضى كلامه فى ردّ المصابيح هو أنّ مجموع المدّه ظرف الخيار لا بعد الردّ فالتّفصيل بين قبل الردّ و بعده فى ثبوت الخيار بعده دون قبله لا وجه له و ثانيا لا وجه لقوله إذا تلف المبيع بعد ردّ الثّمن يكون تلفه من

المشترى لأنّه وقع فى زمان خيار البائع لأنّ قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له كما عرفت تختصّ بتلف المقبوض عند ذى الخيار

و بعباره أخرى هذه القاعده مفادها أنّ القبض كالعدم فلو كان الخيار للمنتقل إليه فتلفه يحسب من المنتقل عنه و فى المقام التّلف عند القابض كان فى زمان خيار المنتقل عنه و هو البائع و خياره ليس علّه

لكون تلف المبيع على المشترى لأنّ قبضه مع عدم الخيار له صار سببا لأن يكون تلفه عليه

نعم فائده هذه القاعده تظهر فى تلف الثّمن عند البائع لو قلنا بالتعدّى إليه أيضا كما سنشير إلى وجهه و ثالثا أنّ هذا التّعليل مشترك بين قبل الردّ و بعده على ما اختاره هو قدس سره من عدم الفرق فى قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له بين الخيار المتّصل و المنفصل فقبل الردّ و إن لم يكن الخيار ثابتا إلّا أنّه يتحقّق بعده فإذا اقتضت القاعده كون تلف المبيع على المشترى بعد ردّ الثّمن لوقوعه فى زمان خيار البائع فتقتضى كونه عليه أيضا قبل الردّ لتحقّق الخيار و لو بعد ذلك و رابعا أنّ مقتضى كون التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له انفساخ العقد قهرا لأنّ حال المقبوض كحاله قبل القبض فلا معنى لقوله لأنّه وقع فى زمن خيار البائع فله حينئذ الفسخ و خامسا أنّه لا وجه لإطلاق كلامه فى ثبوت الخيار بعد الردّ لو فرض أنّ للبائع نظرا إلى الخصوصيّه العينيّه

و بالجمله لا إشكال فى عدم الفرق بين الردّ و قبله فإنّه لو كان الغرض متعلّقا بردّ العين فالتّلف موجب سقوط الخيار مطلقا و لو كان النّظر إلى ماليّتها فلا وجه لسقوطه أصلا و لا إشكال فى أنّ مقتضى القواعد كون ضمان المقبوض على مالكه الّذى قبضه لو لم يكن له خيار على الطرف كان لطرف خيار أم لا ـ فتلف المبيع على المشترى ليس لثبوت الخيار للبائع بل لأنّه ملك له و قد قبضه و ليس له خيار

و ممّا ذكرنا من أن مرجع قاعده كون التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له إلى أنّ قبض ذى الخيار كعدم القبض يظهر ما فى عباره المصنف أيضا من قوله و لو تلف الثّمن فإن كان بعد الردّ و قبل الفسخ فمقتضى ما سيجى ء من أنّ التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له كونه من المشترى و إن كان ملكا للبائع لما عرفت من أن مورد هذه القاعده ما إذا تلف المقبوض عند مالكه مع كونه ذا خيار فهذه القاعده على فرض تعميمها للثّمن موردها ما إذا تلف الثّمن فى يد البائع أى صغراها تلف الثّمن قبل الردّ لا تلفه عند المشترى فلو قلنا بضمان المشترى بعد قبضه فإنّما نقول به لكونه فى حكم المقبوض بالسوم كما سنشير إليه لا لقاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له

قوله قدّس سره إلّا أن يمنع شمول تلك القاعده للثمن و يدّعى اختصاصها بالمبيع إلى آخره

لا إشكال فى أنّ مورد قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له هو تلف المبيع عند المشترى مع كونه ذا خيار كما إذا كان المبيع حيوانا فالتعدى عنه إلى تلف الثمن عند البائع إذا كان ذا خيار كالمقام إنّما هو للتّعليل فى ذيل هذه الأخبار و هو قوله ع حتى ينقضى الشّرط و يصير المبيع للمشترى فإنّ هذا الكلام بمنزله أنّ استقرار الملك يوجب ثبوت التّلف على المالك فما دام الملك متزلزلا و للمالك ردّه لا يستقرّ ضمانه عليه بل ضمانه على صاحبه الأوّل الّذى ليس له خيار

و من هذا البيان يظهر عدم الفرق فى تلف الشى ء على من لا ـ خيار له لا ـ على ذى الخيار بين الخيار المتّصل أو المنفصل لأنّ استقرار الملك رافع للضّمان لا أصل الملك فعلى هذا تلف الثمن يجب على المشترى إذا كان قبل الردّ سواء كان مجموع المدّه ظرف الخيار لو كان بعد الردّ

نعم سيجى ء إن شاء اللّه فى أحكام الخيار أن هذا يختصّ بتلف الثّمن الشّخصى بالتّلف السّماوى أو ما هو بمنزلته كما إذا وجب عليه الإتلاف شرعا و بإتلاف من عليه الخيار أو الأجنبى و أمّا إتلاف ذى الخيار أو تلف المقبوض من الثمن الكلّى فليس ضمانه على من لا خيار له هـذا مع أنّه لو قيل باختصاص قاعـده التّلف فى زمان الخيار بتلف المبيع عند المشترى لو كان ذا خيار و عدم شمولهـا لتلف الثّمن إلّا أنّ تلف الثّمن بعـد الردّ إلى المشترى على أىّ حال ضـمانه على المشترى لأنّ البائع دفعه إليه ليستردّ منه المبيع لا مجانا

و بلا عوض فيصير كالمقبوض بالسوم فى أنّ ضمانه على القابض

نعم لو تلف قبل الردّ إليه فتلفه على البائع بناء على الاختصاص و بالجمله مقتضى ذيل الرّوايه المتقدّمه هو أنّ ضمان تلف الثّمن عند البائع على المشترى و العجب من صاحب الجواهر من عدّه التّعميم من غرائب الكلام ثم ردّه بخبر معاويه بن ميسره مع أنّ الرّوايه غير متعرّضه لتلف الثّمن أصلا و ليس مفادها إلّا أنّ نماء الثّمن للبائع و تلف المبيع على المشترى إلّا أن ينضمّ إليها قاعده الخراج بالضّمان فإنّ كون نماء الثّمن للبائع بمقتضى روايه معاويه و كون المنافع بإزاء الضّمان بمقتضى تلك القاعده ملازم لكون تلف الثّمن على من له نماؤه و هو البائع

و لكنّه لا يخفى أن قاعده الخراج بالضّمان على فرض دلالتها على مدّعاه قابله للتخصيص بقاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له و بقاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه مع أنّ دلالتها غير تامّه و أوضحنا مفادها فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و ملخّصه أنّ هذه القاعده سيقت لبيان ما ارتكز عند العقلاء و هو أن من تعهّد شيئا و بذل بإزائه الثّمن فمنافعه له بسبب بذل العوض فى مقابله فالضمان فيها بمعناه المصدرى

و بعباره أخرى بعد عدم إفاده هذه القاعده ما استظهره أبو حنيفه من أنّ الغنم بإزاء الغرم فلا تشمل ضمان الغاصب يدور الأمر بين المعنى المصدرى أى الضّمان الجعلى المالكى و اسم المصدر و هو الحاصل من الجعل الشّرعىّ التّعبّدى كالضّمان فى القاعدتين و الأعمّ منهما بناء على صحّته و الأظهر هو الأوّل فإنّ المرتكز عند العقلاء هو أنّ التضمين صار سببا لاستيفاء المنافع و بالعكس أى من ضمن مالا و بذل بإزائه فخراجه أى منافعه له بإزاء ضمانه

إذا عرفت ذلك فمقتضى هذه القاعده أنّ نماء الثّمن للبائع و نماء المثمن للمشترى بسبب تعويضهما و تضمينهما أى حيث بذل البائع المبيع بإزاء الثّمن و ضمن الثّمن فنماؤه له و حيث بذل المشترى الثّمن و عوّضه بالمثمن و ضمنه فمنافع ما ضمنه و أدخله فى ماله له فينحصر مورده فى التّضمين الجعلى المالكى الّذى أمضاه الشّارع فعلى هذا لا تشمل القاعده الضّمان فى قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له لأنّه ليس بجعل مالكىّ بل تعبّدى محض و كذلك لا تشمل الضّمان فى قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه إذا كان تعبّديا محضا كما ذهب إليه جماعه من العلماء

و أمّا بناء على المختار من عدم كون القاعده تعبّديه محضه بل منشأ الحكم بالضّمان كونه مقتضى الشّرط الضّمنى الّذى يتعهّد به كلّ من المتعاقدين للآخر من التّسليم و التسلّم و إن أعمل فيه التعبّد فى الجمله و هو جعل التّالف آنا ما فى ملك من انتقل عنه قبل التّلف فقد يتوهّم تنافيها مع قاعده الخراج بالضّمان لأنّ مقتضاها أنّ الضّمان على من كانت المنافع له فالمبيع إذا تلف قبل القبض مع أنّ منافعه للمشترى يكون ضمانه عليه مع أنّ قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه تقتضى أن يكون ضمانه على البائع

و لكن يمكن دفعه بأن قاعده الخراج ناظره إلى التّضمين الأولى لا التّضمين الثّانوى المترتّب على الأولى

و توضـيح ذلک أنّ فی کلّ معاوضه يتحقّق ضمانان بالنّسبه إلی کلّ من البائع و المشتری فالبائع مثلا ضامن للثمن ابتداء و للمبيع ثانيـا أی ضـمن الثّمن بـإزاء المثمن و أدرجه فی ملکه و ضـمن المثمن أی الـتزم بـأنّه لـو تلف يکون المسـمّی بـدلا له أی تعهّد بالتّسـليم إلی المشتری بحيث لو تلف يکون عوضه المسـمّی و هو الثمن باقيـا علی ملـک المشتری لانفسـاخ العقـد و لو تعبّدا و قاعده الخراج بالضّمان ناظره إلی التّضمين الأصلی لا التّبعی و لا تشمل

الثّانوى فلا تخصيص و لا حكومه

هذا مع أنّه لا مانع عن التّخصيص و الحكومه فلو كانت قاعده التّلف عامّه و شامله لتلف الثمن كما يستفاد ذلک من ذيل بعض الأخبار الوارده فى خيار الحيوان فتقدم على قاعده الخراج بالضّمان لأن مفاد قاعده التّلف انفساخ المعامله و ردّ التّالف إلى ملک من لا خيار له

فالعمده استفاده التّعميم من قاعده التّلف و عدمها لا جعل روايه معاويه بن ميسره دليلا على أنّ تلف الثمن بعد الردّ من البائع و لو منضمّا إلى قاعده الخراج بالضّمان و الحقّ عدم شمول قاعده التّلف لتلف الثمن و اختصاصها بتلف المبيع فى زمان خيار المشترى بخيار الشّرط و الحيوان أو المجلس أيضا على خلاف فيه

نعم لو قلنا بالتّعميم فلا فرق بين الخيار المتّصل و المنفصل لما عرفت من أنّ مناطه تزلزل البيع و سيجى ء تفصيل ذلک إن شاء اللّه فى محلّه و يظهر أنّ الإشكالات الوارده على كلام المصنف فى استصحاب الضّمان الثّابت قبل القبض إلى زمان القبض فى مدّه الخيار و لو كان الخيار منفصلا غير وارده عليه

و لكن عمده الإشكال أنّ مقتضى القواعد أنّ تلف كلّ مال على مالكه خرج منها تلف المبيع قبل القبض و تلفه بعد القبض فى زمان خيار المشترى فبقى تلف الثّمن بعد قبض البائع له على حكم القواعد و قوله ع حتى ينقضى الشرط غايه لثبوت تلف المبيع فى زمان خيار الحيوان أو الشّرط على البائع لا علّه حتى يعمّم إلى تلف الثمن فى زمان خيار البائع هذا مضافا إلى أنّ التسالم على ثبوت الخيار لو شرط ردّ مثل الثمن فى صوره تلف الثّمن و صحّه هذا الشّرط دليل على أنّ قاعده التّلف لا تجرى فى تلف الثمن لأن مقتضى القاعده بعد تعميمها للخيار المنفصل أن يكون تلفه على المشترى فينفسخ البيع و هذا الشّرط يقتضى أن يكون تلفه على البائع فيبقى العقد على حاله و ينفسخ أو يفسخ بردّ المثل و قاعده التّلف لو قلنا بتعميمها فهى حكم تعبّدى شرعىّ ليس قابلا للتّغيير بالشّرط المخالف لها حتّى يقال إنّ شرط الخيار بردّ مثل الثّمن متضمّن لشرطين أحدهما الخيار و ثانيهما أنّ تلف الثّمن مع أنّه فى زمان خيار البائع على البائع فالحقّ ما اختاره صاحب الجواهر لكن لا لظهور خبر معاويه بن ميسره بل لعدم الدّليل على أنّ تلف الثّمن كتلف المبيع

[الأمر السادس لا إشكال فى القدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى]

قوله قدس سره الأمر السادس لا إشكال فى القدره على الفسخ إلى آخره

لا يخفى أنّه لو شرط الردّ إلى خصوص المشترى فلا يكفى الردّ إلى غيره لو امتنع الردّ إليه لغيبه أو جنون أو موت و لو شرط الردّ على الأعمّ منه و من وكيله أو وليّه فيكفى الردّ إلى كلّ واحد منهم و لو أطلق فالمسأله ذات قولين و لا يخفى أنّ نسبه الحدائق إلى المشهور عدم اعتبار حضور المفسوخ عليه فى الفسخ لا يلازم عدم اعتبارهم الردّ إلى خصوص المشترى فإنّه لا ملازمه بين الفسخ و الردّ و يمكن أن لا يكون حضور الطّرف معتبرا فى الفسخ و يعتبر فى الردّ الّذى هو الإقباض قبض خصوص

الطّرف

و بالجمله يجب أن يخرج الردّ إلى الوارث عن محلّ الخلاف لأنّ الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلّق حقّ المورث البائع إليه سواء قلنا بأن الخيار و الفسخ يتعلّق بالعقد أم قلنا بأنّه يتعلّق بالعين مطلقا أم بالتّفصيل بين سائر الخيارات و المقام الّذى قلنا بأنّه متعلّق بالعين و لذا لا- يجوز فى المقام لمن عليه الخيار التصرّفات المنافيه لاسترداد العين و ذلك لأنّ المال على أىّ حال ينتقل إلى الوارث على نحو كان لمورثه فالردّ إليه كالردّ إلى مورثه

نعم فى مورد التّخصيص بخصوص شخص المشترى لا- يكفى الردّ إلى الوارث إلّا أنّ فى مورد الإطلاق لا يوجب الموت امتناع الردّ فالعمده هو البحث عن الردّ إلى الوكيل المطلق لو كان أو إلى الحاكم الشّرعى

فقد يقال إنّ الأدلّه

الـدالّه على ولايه الحاكم و وكاله الوكيل لا تشـمل ما ليس للمولى عليه و الموكل مصـلحه فيه فقبضـهما ليس قبضا من المشترى حتى يكون المدفوع ملكا للمشترى فيجب عليهما حفظه و ردّ المبيع إلى البائع

و فيه أنّه لو فرض إطلاق الوكاله لماله و عليه كما هو المفروض فى المقام فقبضه قبض الموكل و لـذا لو خاطب أحـد المتبايعين الآخر بقوله بعتك مع كون المشترى وكيلا لصحّ الخطاب كـذلك مع أنّ الكـاف لم يوضع للخطاب بالأعمّ و ليس إلّا لأنّ الوكيل هو الموكل تنزيلا ففى المقام إذا كان قبضه قبض الموكل يشمل الإطلاق الردّ إليه فليس إعمال الخيار ممتنعا

و أمّا ولايه الحاكم فلا تختصّ بما للمولى عليه مصلحه و لـذا ينفق على زوجه الغائب من ماله بل لو قيل باعتبار المصـلحه فى التصرّف إلّا أنّ فى المقام حيث إنّ الفسخ لا يناط بحضور المفسوخ عليه و قبوله فلذى الخيار إعماله فيبقى مال المشترى بلا ولىّ فله ردّه إلى الحاكم لحفظه و اعتبار الحضور للردّ أيضا يكفى فيه حضور من هو قائم مقام المشترى شرعا

ثم إنّه لو بـاع الأب عن ابنه و اشترى الجدّ لطفل آخر فلا إشكال فى أنّ الأب يردّ إلى الجـد لو شـرط الخيار و هكـذا لو تولّى أحـدهما طرفى العقـد يجوز أن ينوى بـالقبض الردّ إلى المفسوخ عليه أو يرد إلى الولىّ الآخر الّذى لم يكن متولّيا لطرفى العقد كمـا أنّه لو اشترى الأب للطّفل بخيار البائع فللبائع الردّ إلى الأب و إلى جـدّ الطّفل لولايه كلّ منهما على الطّفل فقبض كلّ منهما قبض الطّفل

إنّما الإشكال فى أنّه لو اشترى الحاكم للطّفل بخيار البائع فهل للبائع الردّ إلى حاكم آخر كما كان له الردّ إلى الأب و الجدّ أو لا بل يجب الردّ إلى خصوص الحاكم المشترى الأقوى أنّه يجب الردّ إليه بخصوصه لأن بتصرف الحاكم فى مال اليتيم و وضع اليد عليه يخرج ماله عن المال الّذى لا ولىّ له فليس لحاكم آخر التصرف فى هذا المال

[الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن]

قوله قدس سره و لو شرط البائع الفسخ فى كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن جاز إلى آخره

قـد يقـال إنّ هـذا الشـرط مخـالف للسنّه لأنّ السنّه جرت فى اشتراط الخيار بردّ الجميع و لا يخفى ما فيه لأنّ جعل المتعاقـدين التبعّض بالنّسبه إلى المبيع أو الثّمن ليس محلّلا للحرام و لا محرّما للحلال و يكفى فى صـحّته عموم المؤمنون عنـد شـروطهم و توهّم أنّ الالـتزام العقـدى أمر بسيط فإمّا أن يجعل للمشـروط له تمام الالتزام و إمّا يبطل فاسـد جـدا لأنّه لا ينافى بساطه الالتزام جعل التبعيض فى الملتزم فإنّ التّبعيض قـد ينشأ من جعل مختلفى الحكم متعلّقا لبيع واحد كما لو باع الخلّ و الخمر أو مال نفسـه و مال غيره صـفقه و قـد ينشأ من جعل البائع أو المشترى بالنّسـبه إلى الثمن أو المثمن الّذى لو لا الجعل كان جميع أجزائه متّحد الحكم ففيما لو أطلق اشتراط الفسخ بردّ الثّمن لم يكن له الفسخ إلّا بردّ الجميع و أمّا لو شـرط الفسخ فى كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثّمن فالبائع بالشّرط جعل المبيع للمشترى متبعّضا و لا مانع عنه

ثم إنّ هـذا على أقسـام قسم لا يجعل الخيار إلّا فى بعض المبيع بردّ ما يقابله من الثمن سواء جعل على وجه كان الردّ فسـخا فعليّا أم مقـدّمه للفسخ أم الخيار و هذا لا إشـكال فى صـحّته إذ ليس المشترى إلّا كمن اشترى دارا من شـريكين جعل أحدهما الخيار لنفسه دون الآخر و قسم يجعل الخيار فى المجموع و لكن بحيث إنّه كلّ ما يردّ مقدارا يثبت له الخيار بهذا المقدار أو يكون كلّ مقدار فسخا فعليا بمقدار ما يقابله من المبيع

و هذا أيضا كالسّابق فى الصـحّه و لا إشـكال فى القسـمين بأقسامهما فى أنّه ليس للمشترى خيار تبعّض الصّيفقه لأنّ أصل ثبوت خيار التبعّض إنّما هو لتخلّف شرط ضمنىّ فى العقد و هو كون مجموع المبيع بوصف

اجتماعه مقابلا لمجموع الثمن فلو صرّحا بانحلال العقد و إمكان تبعّضه فلا شرط ضمنا بل الشّرط على خلافه

نعم لو شرط فسخ المجموع متدرّجا و فسخ فى البعض و لم يفسخ فى الباقى حتّى خرجت المدّه بطل الفسخ فى البعض نظير المكاتب المشروط و قسم يشترط فسخ المجموع بردّ جزء من الثّمن و هذا أيضا لا مانع منه

[الأمر الثّامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ كذا يجوز للمشترى]

قوله قدس سره الأمر الثّامن إلى آخره

حكم شرط المشترى بردّ المبيع لثبوت الخيار لاسترداد الثمن فى جميع الصّور السّبع و فى جعل ردّ المثل فى القيميّ و بالعكس و فى جعل ردّ المثل مع بقاء العين حكم شرط البائع و قد تقدم حكمه فراجع

[مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشّرط بالبيع]

قوله قدس سره مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشّرط بالبيع إلى آخره

تنقيح هذا العنوان يتوقّف على بيان أقسام العقود فنقول قد تقدم مرادا أنّ العقود على قسمين إذنيّه و عهديّه و العهديّه على قسمين تعليقيّه و تنجيزيّه فما كان من العقود الإذنيّه كالوكاله و الوديعه و العاريه لا يجرى فيه شرط الخيار لأن الخيار معناه ملك الالتزام و العقود الإذنيّه لا التزام فيها فهى خارجه عمّا يجب الوفاء به تخصصا بل إطلاق العقد عليها إنّما هو لكونها واقعه بين اثنين و إلّا فنفس حقيقتها متقوّمه بالإذن المحض و الرّضا الصّرف و ما كان من العهديّه فلو كان اللّزوم أو الجواز فيه حكميا لا حقيّا لا يجرى فيه أيضا شرط الخيار فالأوّل كالنّكاح و الضّمان و الثّانى كالهبه

أمّا الأوّل فلأنّ شرط الخيار فيه مناف للسّنه فلا يصحّ الجعل من العاقد على خلاف مقتضاه الّذى رتّبه الشارع عليه و لذا لا يصحّ الإقاله فيه و سرّه أنّ الإقاله ردّ الالتزام الّذى ملكه كلّ من المتعاقدين إلى صاحبه و إذا لم يدخل الالتزام تحت الملك لا يقبل الردّ كما أنّ الخيار ملك التزام نفسه و هذا لو لم يدخل تحت الملك لا يصحّ جعله بالشّرط

و أمّا الثّانى فلأنّ العقد لو كان جائزا ذاتا فجعل الخيار فيه لغو رأسا و ليس من قبيل جعله فيما هو جائز عرضا كجعله فيما فيه خيار الحيوان أو المجلس لإمكان تأثير الجعل فيه بلحاظ إسقاطه و تقيد المسبّب بأسبابه

و لو كان اللزوم فيه حقيّا كسائر العقود فسواء كانت تنجيزيّه كالبيع و الصّلح و أمثالها أم تعليقيّه كالجعاله و السّبق و الرّمايه يصحّ فيه شرط الخيار و من هذا البيان ظهر عدم جريان خيار الشّرط فى مطلق الإيقاعات لأنه ليس فيها التزام و عهد من الموقع و لم يلتزم بمنشئه بالتزام عهدى و عقدى و ليس وجه عدم الجريان اعتبار وقوع الشّرط بين اثنين كما يظهر من بعض الأعلام حتى يرد

عليه بأن كون الإيقاع من طرف واحد لا يقتضى عدم وقوع الشّرط فى ضمنه لإمكان اشتراط الخيار فى ضمنه و قبول الآخر لهذا الشّرط بل لأنّ حقيقه الشرط هو إناطه المنشإ به بحيث يصير الشّرط ضميمه لأحد العوضين و فى الإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضمّ الشّرط إليه

و بعباره أخرى ليس الشّرط مجرّد ذكر شى ء منضما إلى آخر كما لو قيل بعتك الدّار و أجرتك البستان بل يجب أن يناط المنشأ به و فى الإيقاعات لو أنيط أصل المنشإ به بطلت للتّعليق و لو ذكر غير مرتبط بالمنشإ فهو الشّرط الابتدائى الّذى لا يجب الوفاء به لكونه حينئذ مجانيا و بلا عوض و غير منضم إلى أحد الطّرفين

نعم بعض الإيقاعات يمكن تقييده بخصوصيّه خاصّه كعتق العبد و شرط الخدمه عليه إلّا أنّ هذا النّحو من الشّرط خارج عمّا هو محلّ البحث فإنّ موضوع البحث هو الالتزام بالشى ء فى ضمن الالتزام بشى ء آخر لا إنشاء المنشإ بنحو خاصّ فالمولى لما كان مالكا لرقبه العبد و منافعه

و أمواله فله تخصيص عتقه ببعض الجهات و هذا ليس من قبيل الشّرط فى ضمن العقود

و حاصل الكلام أنّ الإيقاع حيث إنه إذا أنشأ يوجد المنشأ بنفس الإنشاء و لا يتوقّف على القبول فالشّرط الواقع بعده إمّا يرجع إلى الشّرط الابتدائى و إمّا إلى تعليق المنشإ الّذى هو باطل و إمّا إلى تخصيص المنشإ بخصوصيّه خاصّه

و على أى تقدير هذا خارج عن الالتزام فى الالتزام الّذى هو محلّ الكلام ثم إنّه لو رجع الشّرط إلى التّخصيص لا يتوقّف على قبول العبد نعم لو شرط على العبد بعد العتق شيئا يتوقّف نفوذه على قبوله كما لو قال أعتقتك و زوّجتك ابنتى و شرطت عليك إن تزوّجت أو تسرّيت عليها أن تعطينى مائه درهم و احتياجه هنا إلى القبول إنّما هو لعدم تملّك العبد لمائه درهم حال العتق فيرجع هذا الشّرط إمّا إلى مال الكتابه أى يرجع الإيقاع إلى العقد و يتوقّف صحّته على القول بصحّه المجاز أو الكنايه و إمّا إلى الشّرط فى ضمن التّزويج الّذى وقع بعد العتق

و يؤيّد ما ذكرناه بعض الأخبار الوارده فى استثناء الخدمه من أنّه يجب استثناؤها قبل العتق لأنّه لو أعتق أولا يصير العبد حرّا مالكا لنفسه و منافعه فإنّه لو كان العتق قابلا للشّرط لم يكن وجه لهذا التعليل كما لا يخفى

و بالجمله جميع الإيقاعات لا يقبل جعل الشّرط فى ضمنه سواء كان شرط الخيار أم غيره و لا يخرج غير شرط الخيار عن الشّرط الابتدائى أو التّقييد أو التّعليق أو عنوان عقدىّ فعلى هذا لو أبرأ أو طلّق بشرط فيرجع الأوّل إلى المعاوضه و الصّلح عمّا فى الذمّه بشى ء و الثّانى إلى الطّلاق بالعوض الّذى هو محلّ الكلام صحّه و فسادا

و تقدّم أنّ جميع العقود الإذنيّه و العقود الّتى لزومها و جوازها من الأحكام الشّرعيّه لا من حقوق المتعاقدين حكمها حكم الإيقاعات فانحصر صحّه الشّرط مطلقا أو شرط الخيار فى العقود العهديّه الّتى يكون الجواز و اللّزوم فيها حكما مترتّبا على التزام المتعاقدين الّذى هو حقّ من حقوقهما القابل للإرث و الانتقال و الإسقاط هذا بحسب الثبوت

و أمّا بحسب الإثبات أمّا النّكاح فلزومه حكمى لا حقّى لتوقّف ارتفاعه على الطّلاق فينكشف منه أنّ اللزوم فيه ناش عن حكم الشّارع بلزوم نفس عنوان العقد لا عن التزام من المتعاقدين

و بعباره أخرى كلّ لزوم نشأ من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فهو حقّى و كلّ ما نشأ من لزوم نفس العنوان فهو حكمىّ فكون دفع النّكاح موقوفا على الطلاق شرعا كاشف عن أنّ رفعه ليس بيد المتعاقدين و يدلّ عليه عدم مشروعيّه الإقاله فيه فإنّها و الخيار توأمان كما عرفته مرارا و الفسخ فى مورد العيوب ليس حقا ثابتا للفاسخ و لذا لا يرثه الوارث بل إنّما هو حكم شرعىّ مستثنى من الحكم بلزوم النّكاح فإنّ اللّزوم و إن كان حكميا إلّا أنّه قابل للاستثناء فكأنه حكم الشّارع بأنّ من مقتضيات عنوان النّكاح الّذى هو المنشأ بالصّيغه اللّزوم إلّا فى مورد تخلّف الشرط كشرط البكاره و بنت المهيره و نحو ذلك و فى العيوب الخاصّه

و بالجمله عدم مشروعيّه شرط الخيار لعلّه إجماعى فى النّكاح كتحقّقه بالنّسبه إلى عدم مشروعيّه التقابل فيه بلا إشكال لظهور أنّ اللّزوم مترتّب على نفس العنوان لا على عقده و ترتّب اللّزوم فى البيع فى بعض الأخبار على نفس العنوان لا على العقد كقوله

ع فإذا افترقا وجب البيع مع كون اللّزوم فيه حقّيا بلا إشكال لا يدلّ على أنّ اللّزوم فى النّكاح كذلك أيضا فإنّ قوله ع إذا افترقا وجب البيع بعد قوله المتبايعان بالخيار معناه وجوب عقد البيع لقرينه مقابلته بالخيار الّذى هو ملك الالتزام الّذى نشأ من العهد

و ممّا ذكرنا ظهر صحّه شرط الخيار فى عقد البيع بلا إشكال فإنّ لزومه حقّى و يدلّ

علیه النصوص بالخصوص و أمّا الوقف فإن قلنا بأنّه إیقاع مطلقا فلا یصحّ شرط الخیار فیه أصلا و إن قلنا بأنّه عقد مطلقا أو عقد فی الوقف الخاص فالأظهر من الأدلّه عدم دخول شرط الخیار فیه إمّا لأنّه فک ملک للّه بغیر عوض فیکون کمطلق الصّدقات الّتی دلّ الدّلیل علی أنّه لا یرجع فیما کان للّه و إمّا لاعتبار التّأبید فیه الملازم للّزوم شرعا

و الخبر الّذی استدلّ به فی المتن لجواز شرط الخیار فیه لا یدلّ علی المدّعی فإنّ رجوع الموقوفه إلی المیراث لعلّه لبطلان الوقف بسبب هذا الشّرط و لرجوعه إلی الحبس ما دام العمر مع أنّه فرض فی الرّوایه رجوع الوقف إلی الملک بمجرّد الاحتیاج لا بعد الفسخ فلیس رجوعه إلیه من باب شرط الخیار و إلّا لتوقّف علی إعمال الفسخ فیصیر الرّوایه دالّه علی صحّته حبسا لأنّ اشتراط العود إلیه مع الحاجه فی قوه جعل الوقف ما قبل الحاجه

و أمّا الهبه فغیر المعوّضه منها جوازه حکمیّ لترتّب إمکان الرّجوع للواهب ما دام العین موجوده علی نفس العنوان لا علی عقدها کما یدلّ علیه أخبار الباب و جعل الخیار فی الجواز الحکمی لغو

و أمّا المعوّضه أو ما قصد بها الثّواب أو الهبه لذی الرّحم و غیر ذلک ممّا طرأ علیه اللّزوم کصوره تلف العین فاللّزوم فیها حکمیّ و استثنیت من جواز الرّجوع فی الهبه شرعا کما یظهر من أدلّتها فراجع

و أمّا الصّلح فلو کان فی مقام المعاوضه یدخل فیه الخیار و أمّا لو کان فی مقام الإبراء فلا یدخل فیه لأنّه إیقاع إلّا أن یرجع إلی المعاوضه و هکذا لو کان فی مقام قطع الخصومه لا لأن مشروعیته لقطع المنازعه ینافی اشتراط الخیار لأنّ هذا حکمه لتشریعه لا علّه بل لأنّ لزومه رتب شرعا علی نفس هذا العنوان لا علی العقدیّ منه

و أمّا الضّمان فکالنّکاح لزومه حکمیّ لأنّ من أثره انتقال الدّین إلی ذمّه الضّامن و براءه المدیون فإرجاعه إلی ما کان لا یمکن إلّا بضمان آخر و التّقابل المتصوّر فیه أیضا و بهذا المعنی و یلحقه الحواله و الکفاله و أمّا الرهن فلا مانع من دخوله فیه غایه الأمر یصیر الدّین بعد الفسخ کالدیون الّتی لم یجعل وثیقه لها

و أمّا الجعاله و السّبق و الرّمایه فالظّاهر أنّها غیر لازمه قبل العمل و بعده لا یمکن شرط الخیار لاستحقاق العامل الأجره و بالجمله کلّ عقد لم یکن لزومه أو جوازه حکمیّا بل کان من جهه الالتزام العقدیّ فیدخل فیه الخیار و ما لیس کذلک فلا یدخل فیه و لیس المقام مقام تنقیح المصادیق و إنّما أشرنا إلی بعضها تبعا لما أفاده شیخنا الأستاذ أدام اللّه تعالی بقاءه

[الرابع خیار الغبن]

اشاره

قوله قدس سره الرابع خیار الغبن إلی آخره

لا يخفى أنّ ثبوت هـذا الخيار فى الجمله لا إشـكال فيه و إنّما الكلام فى مـدركه و أتمّ المدارك له هو حصوله من جهه تخلف الشّرط الضّمنى و ذلك أنّه لما كان تعيّش بنى آدم موقوفا على تبديل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين فى الماليّه فيناط التّبديل بالتّساوى و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العاده جرى نفس إجراء العقد بين العوضـين مجرى اشتراط تساويهمـا فى المـاليّه بحيث لو علم المغبون بالحـال لم يرض فمـدرك ثبوت الخيار تبانى المتعاقـدين على تساوى العوضـين فى الماليّه و هذا بمنزله الصّغرى و الكبرى أنّ تخلّف البناء يوجب عدم التراضـى بالمعامله و لما ثبت فى باب الفضولى و المكره أنّ الرّضا اللّاحق كالسّابق فلم يكن تخلّف البناء موجبا لفساد البيع رأسا فله إقرار العقد و اختيار نتيجته و له ردّه

و المصنف قدس سره ناقش فى الصّغرى و الكبرى جميعا مع أخذه بهذا المدرك فى باب التّسليم و التسلّم و فى اعتبار نقد البلد بل فى خيار العيب و خيار الرّؤيه و لا يخفى أنّ مع تسليمه فى بعض

الموارد بأنّ الشّرط الضمنىّ كالشّرط الصّريح يوجب تخلّفه الخيار لا وجه لمناقشته فى المقام مع أنّها غير تامّه أمّا فى الصّغرى فلأنّ قوله الوصف المذكور أى كون العوضين متساويين فى الماليّه ليس إلّا من قبيل الدّاعى

ففيه أنّ الدّاعى هو الموجب لإراده شى ء أى الباعث لها كمن دعاه إلى بيع داره تزويج امرأه فإنّ تخلّفه لا يضرّ بالمعامله و أمّا إذا كان اشتراط التّساوى و البناء عليه نوعيّا فيكون من قيود المراد و يدخل تحت الالتزام و أمّا فى الكبرى فقوله قدّس سره مع أنّ أخذه على وجه التّقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد

فيه أنّ التّقييد لو لم يذكر فى متن العقد أصلا لا إجمالا و لا تفصيلا لا يوجب تخلّفه خيارا و أمّا مع أخذه فيه إجمالا و بالدلاله الالتزاميّه فهو بمنزله أخذه صريحا

و بعد ما عرفت أنّ البناء على التساوى و ليس بناء شخصيا حتّى يكون من قبيل الداعى بل من المتعارف نوعا فهو بمنزله إنشائه فى متن العقد صريحا

و بالجمله لا اعتبار بالقيود البنائيّه الّتى لم تذكره فى متن العقد أصلا لأنّ القصود ما لم ينشأ على طبقها لفظ و لا يوجد بفعل لا اعتبار بها و هذا يختصّ بقيد لا يرجع إلى وصف أحد العوضين كاشتراط الخياطه و أمّا إذا رجع إليه ككتابه العبد فتوجب البناء عليه صرف المعامله إليه كما أنّه إذا كان التّقييد لازما عرفيا فيكون كالمنشإ فى العقد غايه الأمر أنّه أنشأ به التزاما و لا فرق بين الإنشاء الصّريح و الضّمنى

نعم الغبن الّذى يتسامح فيه عاده لا يوجب الخيار لعدم البناء على التقييد بعدمه كما أنّ اعتبار معناه اللّغوى و هو الخدعه من طرف الغابن لا وجه له أصلا لأنّ المدار على اشتراط التّساوى نوعا سواء كان الغابن جاهلا أو عالما نعم إذا كان المغبون عالما فليس له الخيار و سيجى ء وجهه و حاصل الكلام أنّه لا فرق فى الشّروط ضمنيّه كانت أو صريحه فى أنّ تخلّفها يوجب الخيار

إنّما الكلام فى تقريب الاستدلال بالأمر و الشّريفه مع أنّ ظاهر المستثنى اعتبار الرّضا فى صحّه المعامله و أمّا ثبوت الخيار على تقدير تخلّفه فغير ناظر إليه هذا مع أنّ أصل الرّضا حين التّجاره و الإنشاء موجود فلو كان هو المعتبر صحّت المعامله أبدا و لو كان المعتبر الرّضا التقديرى لا الفعلى إلى الرّضا على تقدير التّساوى لبطلت المعامله رأسا

ثم إنّ اختلاف الحالتين و صحّه المعامله و لزومها قبل الاطّلاع على الغبن و عدم لزومها بعد الاطّلاع يحتاج إلى دليل و لكن يمكن تقريب الاستدلال بالآيه الشّريفه بمجموع المستثنى و المستثنى منه بناء على كون المستثنى مفرغا و تقريبه أن قوله عزّ اسمه و لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فى قوّه أن يقال لا تتملّكوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنّه باطل إلّا على وجه التكسّب عن رضا فالتملّك بدون رضا المغبون تملّك بالباطل و مع رضاه تملّك صحيح ثمّ إنّ رضاه بالتّجاره بمعناها الاسم المصدرى هو المعتبر فى العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن و أمّا مع علمه به فإذا كان حاصلا دخل فى عقد المستثنى و إلّا أى لو لم يمض و ما رضى بالفاقد دخل فى المستثنى منه و لا نعنى بالخيار فى المقام إلّا ذلك

نعم لو كان المراد من التّجاره معناها المصدرى و اعتبر الرّضا فيها بهذا المعنى فمع حصوله حين صدور التّجاره لا وجه لاعتباره بعد فلا- يتمّ الخيار و مع عدم حصوله تبطل رأسا فلا- معنى لصحّتها مع إمضائها و لكن قد عرفت فى باب الفضولى أنّ اسم المصدر فى العقود له اعتبار استمرار و بقاء و من هذه الجهه يقبل العقد الفضوليّه و ينسب بالرّضا اللّاحق إلى الراضى فالتّجاره الّتى اعتبر الرّضا فيها هى بمعنى اسم المصدر

و هی قابله لأن یلحقها الرّضا بعد العقد فالمعامله فی المقام حیث کانت مقیّده بقید غیر رکنی و هو التّساوی بین المالین فتخلّفه لا یوجب بطلانها رأسا بل یوجب إناطتها بالرّضا فإذا لم یرض المغبون بفاقد القید یدخل ما أخذه الغابن فی أکل المال بالباطل و إذا رضی به یدخل فی التّجاره عن تراض فهو راض بالتّجاره ما دام جاهلا بالغبن و یصحّ تصرّف الغابن و المغبون فیما انتقل إلیهما و إذا علم به فلو رضی بالفاقد فهو و إذا لم یرض یدخل تحت أکل المال بالباطل

نعم یمتاز هذا المعنی من الخیار عن سائر الخیارات الّتی یحتاج الإمضاء و الفسخ فیها إلی الإنشاء فإنّ الدّلیل المثبت لهذا الخیار بالتقریب المذکور لا یدل إلّا علی أنّ مجرّد الرّضا بعد العلم بالغبن یکفی فی الصّحه و عدمه یکفی فی البطلان و الخیار الاصطلاحی لیس کذلک

و بالجمله إثبات الخیار الّذی هو عباره عن ملک الإقرار و الإزاله بمقتضی الأدلّه العامّه مشکل

نعم لو صحّ سند النّبوی و هو قوله ص لا یتلقّی الجلب فمن تلقّاه و اشتری منه فإذا أتی السوق فهو بالخیار ثبت الخیار المصطلح لأنّ ظاهر قوله ص فهو بالخیار هو الخیار المصطلح و لکن الکلام فی أصل ثبوت النّبوی مع عدم کونه مرویّا بطرق أصحابنا إلّا أن یقال إنّ الأصحاب تلقّوه بالقبول و لذا یعدّون غبن الرّکبان من أحد أسباب الخیار

و حاصل الکلام أنّه لو کان مدرک الخیار خصوص الشّرط الضّمنی فإثباته بالمعنی المصطلح فی غایه الإشکال لأنّ إناطه العوضین بالشّرط أو الوصف صریحا أو ضمنیّا لا یفید إثبات الخیار لأنّ غایه التّقیید ثبوت حقّ للمشروط له فله إسقاط حقّه و رضاه بالفاقد و له عدم إسقاط حقّه و هذا لا یلازم فسخ العقد فلعلّه یکون من الحقوق الّتی تبقی فی ذمّه من علیه الحق و لا یمکن استیفاؤه و یکون کسائر الدّیون

کما أنّ إثبات الخیار بما قد یقال من أنّ التّقیید بالوصف أو الشّرط من قبیل تعدّد المطلوب مشکل أمّا أوّلا فلأنّ وحده المطلوب و تعدّده إنّما یتصوّر فی الأحکام التکلیفیّه لا الوضعیّه الّتی هی المنشئات بالعقود لأنّ المنشأ الموصوف أو المشروط أمر واحد لا تعدّد فیه و ثانیا هذا الکلام غیر مطّرد و لا منعکس فإنّه قد یکون المطلوب متعدّدا فی الصّور النوعیّه الّتی بها قوام مالیّه المال مع أنّ تخلّفها یوجب البطلان قطعا سواء ذکرت وصفا أو شرطا کما لو اشتری عبدا حبشیّا فانکشف کونه حمارا وحشیا أو اشتری عبدا و انکشف کونه جاریه و قد یکون المطلوب واحدا فی الشّروط و الأوصاف الّتی لها دخل فی زیاده المالیّه کالکتابه و أمثالها بحیث لو علم أنّ العبد لیس کاتبا لم یقدم علی شرائه مع أنّ تخلّفها لا یوجب البطلان

و ثالثا کون المقام من قبیل تعدّد المطلوب لا یفید إلّا صحّه العقد لا الخیار بفقد أحد المطلوبین فله المطالبه بمطلوبه المفقود لا ردّ العقد الواقع علی المجموع أو إمضائه

قوله قدس سره و أقوی ما استدلّ به علی ذلک فی التذکره و غیرها قوله ص لا ضرر و لا ضرار إلی آخره

لا یخفی أنّه لو کان اعتبار التّساوی بین الأموال من الشّروط الضمنیّه فالاستدلال بلا ضرر فی محلّه لأن مفاده أنّ الحکم الّذی

ينشأ منه الضّرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضرريّ عليه لأنّه و إن جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضّرر إلّا أنّه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلّف الشّرط يكون كسائر الشّروط المتخلّفه الّتى يوجب تخلّفها أو تعذّرها الخيار

فلا يقاس الإقدام فى المعاملات جهلا بالضّرر على الإقدام فى العبادات جهلا به الّذى اخترنا فيه أنّ الحكم لا يرتفع فى مورد الضّرر المجهول لأنّ الحكم

التكليفىّ المجهول لا يوجب الضّـرر لأنه كان أو لم يكن فحيث إنّ المكلّف لا يرى الضّـرر فى الفعل يقـدم على الفعل الضّـررى فالحكم الشرعىّ يصير من قبيل المعدّ للضّرر و الجزء الأخير من العلّه لوقوعه فيه هو جهله به مع أنّ رفع الحكم منه فى هذا الحال ليس امتنانا عليه لاستلزامه بطلان العمل و إعادته و ذلك ينافى الامتنان

و أمّـا مع العلم به فـالجزء الأخير من العلّه أو تمام العلّه هو الحكم الشّـرعى و هـذا بخلاف المعاملات فإنّ الأمر فيها بالعكس لأنّ مع العلم بالضّرر فالضّرر يستند إليه لإقدامه عليه و أمّا مع الجهل فالضّرر يستند إلى الحكم الشّرعى و هو لزوم العقد المغبون فيه

و أمّا لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائيّه أو الـدّواعى الّتى لا إشاره فى العقـد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقه و لا التزاما فلا وجه للاسـتدلال بلا ضـرر لإثبات الخيار لما عرفت من أنّ مفاده أنّ الحكم الّذى ينشأ منه الضّرر بحيث يكون الضّرر عنوانا ثانويّا له فهو مرفوع دون ضـرر لا يكون عنوانا للحكم بل يكون عنوانا لنفس فعل المكلّف و بإقـدام و اختيار صدر الفعل عنه و لو كان جاهلا بالضّـرر و منشأ تضرّره فى المقام ليس وجوب الوفاء بالعقد بل تخيّله التّساوى بين المالين إلّا أن يقال إنّ العاقد و إن أقدم على المعـامله الغبنيّه إلّا أنّ إقـدامه عليها و إيجاده لها موجب لتحقّق موضوع وجوب الوفاء و إذا كان موضوعه ضـرريّا وجب أن يرتفع حكمه بلا ضرر

و بعبـاره أخرى و إن لم يكن اعتبـار التّسـاوى من الشّـروط الضـمنيّه إلّـا أنّ حكم الشّارع بوجوب الوفاء بالعقـد الّـذى صـدر عن المكلّف حكم فى موضوع ضررىّ فيجب أن يكون مرفوعا لأنّ الحكم يصير فعليّا بعد تحقّق موضوعه و موضوعه و إن صدر عن العاقـد جهلا بـالغبن و بتخيّل التساوى إلّا أنّه بعـد تحقّقه ينسب الضّـرر الوارد على العاقـد باعتبار بقاء المعامله إلى حكم الشّارع بالبقاء لا إلى إقدام المكلّف

إن قلت فعلى هـذا لو علم العاقـد بالضّـرر و أقدم عليه لكان اللّازم عدم ثبوت وجوب الوفاء و لا يختصّ رفع الحكم بالجهل قلت فى مورد العلم ليس الضّـرر مسـتندا إلى الحكم بل إلى الإقدام لأنه علم بالضّـرر و أقدم عليه فلا وجه لرفع حكمه فالفرق بيّن بين العلم و الجهل إلّا أنّ الكلام فى أصل المدّعى لأنّ الحكم و إن لم يكن فعليّا إلّا بعد تحقّق موضوعه و لكنّ الكلام فى أنّ الضّرر مسـتند إلى الإقـدام أو إلى الحكم فنقول لو كـان الضّـرر ناشـئا عن الحكم بحيث لو لم يكن الحكم الشّـرعى لمـا وقع العاقـد فى الضّرر لكان هذا الحكم مرفوعا و المفروض فى المقام أنّ العاقد بتخيّله التّساوى أقدم على المعامله من دون أن يكون ملزما بها

و بعباره أخرى كلّ حكم تكليفىّ أو وضـعىّ كان هو تمام العلّه للضّرر أو الجزء الأخير منها فهو مرفوع و أمّا لو كان الحكم معدا كالوضوء المجهول أنه ضـررىّ أو لا دخل للحكم أصلا فى الضّرر كالمقام لأنّه بداعى النّفع أقدم على المعامله فلا معنى لرفعه و مجرّد صـيروره الفعـل ضـرريّا باعتبـار بقـائه على حـاله بعـد صـدوره اختيـارا لا يوجب أن يرتفع حكمه و إلّا لزم أن يرتفع حكم الضّـمانات و الإتلافـات إذا صـدر الفعـل عن المكلّف جهلاـ بأنّ المال من غيره فإنّ أكل مال الغير بتوهّم أنّه ماله قـد صـدر عنه موضوع إذا حكم الشّارع بوجوب الخساره عليه يكون حكما فى موضوع ضـررى مع أنّه لا يمكن أن يكون هذا الحكم مرفوعا و لا وجه له إلّا أنّ الإقدام صار منشأ للضّرر لا الحكم

و بـالجمله لو لم يكن اعتبار التّساوى من الشّروط الضّـمنيّه بل كان من الـدّواعى أو الشّروط البنائيّه فلا وجه لأن يكون تعـذّرها موجبا للخيار و عليك بالمراجعه إلى ما كتبناه فى قاعده لا ضرر

قوله قدس سره و لكن يمكن

الخدشه فی ذلک بأنّ انتفاء اللّزوم و ثبوت التزلزل لا یستلزم ثبوت الخیار

محصّل مرامه قدس سره أنّ قاعده الضّرر لا تثبت الخیار بین الفسخ و الإمضاء بکلّ الثمن کما علیه بناء الأصحاب لأنّ تدارک الضّرر یحصل بأحد الأمور الثّلاثه الأوّل الخیار و الثّانی ردّ مقدار ما تضرّر فیه من عین الثّمن أو المثمن فیکون حال المغبون حال المریض إذا اشتری بأزید من ثمن المثل و حاله بعد العلم حال ورثه ذلک المریض فی أنّ لهم استرداد الزّیاده من دون ردّ جزء من العوض و الثّالث ردّ ما به یتدارک ضرر المغبون و لو من غیر جنس الثّمن أو المثمن نظیر ما احتمله فی القواعد من أنّه إذا ظهر کذب البائع مرابحه فی أخباره برأس المال و بذل المقدار الزّائد مع ربحه فلا خیار للمشتری فإذا أمکن تدارک الضّرر بأحد الأمور الثّلاثه فترجیح بعض منها بلا مرجّح لا وجه له

و فیه أنه لا یمکن تدارک الضّرر فی المقام بالأمر الثّانی و الثّالث أمّا الثّانی فلأنّ المعاوضه وقعت بین مجموع مالی الغابن و المغبون فیجب أن یقال إمّا بالبطلان فی الجمیع أو بالصحّه کذلک

و بالجمله استرداد جزء من أحد العوضین من دون ردّ ما یقابله خلاف مقتضی المعاوضه من مقابله المجموع بالمجموع و استرداد ورثه المریض لو قلنا به فهو حکم تعبّدی و لذا لا یتعدّی إلی ما لو باع بأقل من ثمن المثل

و أمّا الثالث فتدارک ما فات من المغبون لا یخرج عن کونه هبه مستقلّه و الهبه من الغابن أو غیره لا یخرج المعامله عمّا وقعت علیه من الغبن و مجرّد کون داعی الواهب تدارک خساره المتّهب لا یوجب انقلاب الهبه عن حقیقتها و تسمیه هذا الإعطاء غرامه لا تغیّر الواقع عمّا هو علیه لأنّ الغرامه عباره عن تدارک ما اشتغلت الذمّه به و مجرّد کون الغابن طرفا للمعامله مع المغبون لا یوجب ضمانه لما تضرّر به المغبون لعدم تحقّق موجبات الضّمان من الید و الإتلاف سیّما مع جهل الغابن بالغبن

و أمّا ما احتمله فی القواعد من أنّه إذا ظهر کذب البائع مرابحه فی أخباره برأس المال و بذلک المقدار الزّائد مع ربحه فلا خیار للمشتری فلا ربط له بالمقام و یمکن تطبیقه علی القواعد بأن یقال إنّ المعامله وقعت حقیقه بین رأس المال واقعا و بین المبیع

غایه الأمر طبق البائع کذبا رأس المال علی غیر ما هو واقعه فیکون کالخطإ فی التّطبیق کما لو اشتبه البائع مثلا و أقبض أربعه بدلا عن ثلاثه أمنان فإنه لا شبهه أنّه یردّ المنّ الزائد بدون خیار بین الفسخ و الإمضاء فإنّ المعامله لم تقع بإزاء المنّ الزائد و لم یجعل جزء من الثّمن فی مقابله فمسأله کذب البائع کذلک أیضا أی فی عالم اللبّ و الواقع یجعل الثّمن بإزاء رأس المال الواقعی لا ما أخبر به فإذا انکشف خطاؤه أو کذبه یرد ما هو الزّائد علی رأس المال مع ربح الزّائد إلّا أن یمتنع و هذا بخلاف المقام فإنّه قد جعل الثمن بإزاء تمام المثمن فلا موجب لأخذ المغبون زائدا خارجیا هذا مضافا إلی أنّه لا یمکن أن یجعل الخیار بین الفسخ و الإمضاء فی عرض الاحتمالین الأخیرین علی فرض صحّتها لأنّه لو کانت المعامله بالنّسبه إلی الزیاده باطله و بالنّسبه إلی غیرها صحیحه کما هو مقتضی الاحتمال الثّانی أو کان الغابن ضامنا للتّفاوت و کان وجوب دفع الزّائد علیه من باب الغرامه کما هو مقتضی الاحتمال الثّالث فلا وجه لثبوت الخیار للمغبون بین الفسخ و الإمضاء فی الکلّ لأنّه لم یتضرّر أصلا حتی یثبت له الخیار فثبوت الخیار له کذلک إنّما هو إذا لم یمکن الاحتمالان المذکوران فالخیار بهذا المعنی فی طول هذین الاحتمالین لا فی

عرضهما كما لا يخفى

و حاصل الكلام أنّه لا يمكن الالتزام باسترداد جزء

من العوضين إلّا إذا لم تقع المعامله على هـذا الجزء بالخصوص أو إذا ثبت الخيار فی هذا الجزء كما إذا وقع العقد على مختلفی الحكم كـالحيوان و غيره و المفروض فی المقـام لاـ هـذا و لاـ ذاک مع أنّه لو كان الفسـخ راجعا إلی خصوص الجزء لوجب ردّ مقـابله فيمتنع أن يكون الخيـار بـالمعنی المشـهور مقابلاـ لهـذا الاحتمال و فی عرضه بل لا يمكن جمعهما كما لا يخفى كما أنّ الوجه الثّالث أيضا ليس فی عرض الخيار فإنّه لو كان الغابن ضامنا لما فات فليس العقد ضرريا على المغبون فتأمل جيّدا

ثم إنّ المحقّق الخراسانی قدس سره بعد ما اختار فی الأصول أن مفاد لا ضـرر نفی الحكم بلسان نفی الموضوع قال فی حاشيته على المتن فی ذيل هذا العنوان هذا إذا كان المرفوع بحديث لا ضرر الحكم النّاشی منه الضّرر

و أمّا إذا كان المرفوع ما كان للضّرر من الحكم مع قطع النّظر عن هذا الحديث كان المرفوع فی المعامله الغبنيّه وجوب الوفاء بها و هو يستلزم جوازها لا الخيار المصطلح الّذی هو من الحقوق لأنّ عدم وجوب الوفاء على المغبون لا يقتضی ثبوت حقّ له القابل للإسقاط و الصّلح و الإرث انتهی ملخّصا

ثم إنّه قدّس سره فی باب المعاطاه جعل الفرق بين الجواز الحقّی و الحكميّ باعتبار اختلاف متعلّقه و قال لو كان الجواز و اللّزوم بمعنی جواز فسخ المعامله و عدمه كما فی باب الخيار فهما من أحكام الأسـباب و أما لو كانا بمعنی جواز ترادّ العينين بلا توسط فسـخ المعـامله كما فی الهبه فهما من أحكام الملک فجعل الجواز الحقی بمعنی الخيار و الحكمی بمعنی الردّ الخارجی الّـذی لا يمكن إلّا مع بقاء العينين و لا يخفی ما فی كلامه فی كلا المقامين أمّا جعل الجواز الحكمی كما فی الهبه بإرجاع العين من دون فسـخ المعامله فهو لا يسـتقيم لأنّ ردّ العين من دون الفسـخ تصـرّف فی مال الغير فليس الفرق ما ذكره بل ما ذكرنا فی مقامه من أنّه لو كـان الجواز أو اللّزوم راجعا إلی نفس المنشإ أی إلی المـدلول المطابقی للعقـد فهو حكمی كالجواز فی الهبه و اللّزوم فی النّكاح و لو كان راجعا إلی الالتزام الّذی التزم به كلّ من المتعاقدين الّذی بهذا الاعتبار تسمّی المعامله عقدا فهو حقّی

و أمّا ما أفاده من عدم استلزام الجواز الخيار المصطلح فقد ظهر ما فيه ممّا ذكر من الفرق بين الجوازين لأنّه لو كان وجوب الوفاء بالعقد راجعا إلی الالتزام الّذی التزم به كلّ من المتعاقدين بما تضـمّنه من شرط التّساوی فإذا فقد شرط التّساوی يرتفع ما التزم به لو كان ضـرريّا و لازم ذلک أن يكون التزامه تحت سلطنته و هذا ليس إلّا الخيار فإذا كان مفاد لا ضرر عدم لزوم المعامله الغبنيّه لأنّ من لزومه ينشأ الضّرر على المغبون فمعناه عدم كون الغابن مالكا للالتزام الّذی ملّكه المغبون بل أمر الالتزام بيد المغبون و له أن يفوّضه ثانيا إلی الغابن أو أن يفسخ

[مسأله يشترط فی هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

قوله قدّس سره مسأله يشترط فی هذا الخيار أمران إلی آخره

لا إشـكال فی أنّه لو علم المغبون بالقيمه و أقدم على المعامله فلا خيار له أصلا سواء قلنا بأنّ منشأ ثبوته قاعده لا ضرر أم تخلّف

الشّرط الضّمنى لأنّ مع العلم لا شرط و الضّرر لم ينشأ من الحكم باللّزوم بل نشأ من إقدامه و فى حكم العلم الاطمئنان كما أنّه لا إشكال فى ثبوت الخيار لو كان غافلا عن القيمه بالمرّه أو كان ملتفتا و لكن كان معتقدا للتّساوى أو مطمئنا به إنّما الإشكال فى صوره الشكّ و ما يلحق به من الظّنّ الغير المعتبر فهل هو ملحق بالعلم بالغبن مطلقا أو ملحق بالعلم بعدمه مطلقا أو تفصيل بين صور الشكّ ثم الشّاك إمّا عالم بالحكم أو جاهل به فلو كان عالما و شكّ فى القيمه و لكنّه أقدم على المعامله برجاء أن لا يكون ضرر فهذا ليس مقدما على الضّرر عرفا و لا ينسب الضّرر إليه

فبناء على كون منشإ الخيار

قاعده لا ضرر فالخيار ثابت له و أمّا لو كان منشؤه الشّرط الضّمنى ففى ثبوت الخيار له إشكال لأنّه مع الشكّ فى القيمه و إقدامه على المعامله من دون اتّكاله على طريق أو أصل مثبت للتّساوى فكأنّه أقدم مع العلم بعدمه

فلا يقاس المقام على مورد الشكّ فى الصحّه و العيب فى أنّ الخيار لا يسقط إذا ظهر العيب لأنّه فى باب العيب كان متّكلا على أصاله السّلامه فى الأشياء و فى المقام لا أصل يثبت أنّ القيمه الواقعيّه كذا و كذا و من هنا ظهر حال سائر أقسام الشكّ و هو ما إذا أقدم على المعامله كيف ما كان فإنّه مع هذه الحاله كيف يشترط التّساوى

و هذا من غير فرق بين أن يكون عالما بالحكم أو جاهلا بل لا يجرى قاعده الضّرر أيضا لأنّه قد أقدم على المعامله من دون رجاء التّساوى بل يمكن أن يقال إنّ الشّاكّ ليس له الخيار فى جميع الصور المتصوّره لأنّ مجرّد رجاء كون المالين متساويين فى القيمه و عدم كونه مغبونا لا يقتضى الإقدام على المعامله الضرريّه لأن رجاء العدم لا يخرج الفعل عن الاختيار كمن رجا أن لا يكون السّبع فى الطّريق و لكنّه احتمله احتمالا عقلائيا فمشى فى هذا الطّريق فإذا افترسه السّبع ينسب الفعل إليه

نعم لو كان متّكلا على بيّنه أو أصل فالافتراس لا يكون عن الإقدام

قوله قدس سره و لو أقدم عالما على غبن يتسامح به فبان إلى آخره

لا يخفى أنّ صور الإقدام أربع الأوّل أن يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد ممّا لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم الثّانيه هذه الصّوره مع كون الزّائد بنفسه ممّا لا يتسامح به و فى هاتين الصّورتين لا إشكال فى أنّ الخيار لا يسقط أمّا فى الثّانيه فواضح و أمّا فى الأولى فلأنّ المجموع من حيث المجموع لم يكن مقدما عليه و الإقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيّدا بهذا المقدار و إلّا كان راجعا إلى إسقاط خيار الغبن و الثّالثه الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا

و الأقوى فى هذه الصّوره سقوط الخيار و لا يقاس على الصّوره الأولى لأنّ فى الصوره الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لا يكون موجبا للخيار و فى المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدم عليه لا يكون موجبا للخيار الرّابعه الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما لا يتسامح و الأقوى فيها ثبوت الخيار أمّا بناء على قاعده لا ضرر فواضح و أمّا بناء على تخلّف الشّرط فقد يتوهّم أنّ من أقدم على ما لا يتسامح فكأنّه أسقط شرط التّساوى فلا موجب آخر للخيار و لكنّه فاسد لأنّ مقدار التفاوت و له مراتب فقد يسقط المغبون جميعها و قد يسقط بعضها فلو أسقط مقدارا خاصّا فلا وجه لسقوط الخيار رأسا

قوله قدس سره ثم إنّ المعتبر القيمه حال العقد إلى آخره

الكلام فى المقام قد يقع بناء على كون مدرك الخيار قاعده لا ضرر أو بناء على كون المدرک تخلّف الشرط الضّمنى

ثم بناء على كونه تخلّف الشّرط فقد يتكلّم بناء على أن يكون مرجع الاشتراط مطلقا صريحا كان أو ضمنيّا إلى اشتراط كون المبيع حال العقد متّصفا بكذا أو بناء على أن يكون الاشتراط راجعا إلى اشتراط تسليم ما هو متّصف بكذا فلو كان الشّرط فى قوّه اشتراط كون المبيع حال العقد متّصفا بكذا لو قلنا بصحته و عدم رجوعه إلى اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره فمقتضى

تخلّف الشرط حال العقد ثبوت الخيار و لو وجد بعد العقد قبل القبض فضلا عمّا إذا وجد بعد القبض قبل العلم أو بعد القبض و العلم قبل الردّ لأنّ الزياده الحاصله بعد العقد إنّما حصلت فى ملك المغبون و المعامله وقعت على الغبن

و لو كان الشّرط راجعا إلى تسليمه

مع الوصف فالحقّ سقوط الخيار مطلقا كما عليه العلّامه قدس سره فى قوله مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط الرّدّ و توضيح ذلک أنّه لو حصل الشّرط بعد العقد فتاره يحصل بعد العقد و قبل القبض و أخرى بعد القبض و قبل العلم و ثالثه بعد العلم و قبل الرّدّ

ثم إن حصوله قد يكون بفعل المشروط له و قد يكون بفعل المشروط عليه أو الأجنبى أو بقدره اللّه سبحانه فلو حصل بفعل المشروط له قبل القبض أو بعده فلا يخرج ذمّه المشروط عليه من عهده الشّرط لأنّه قد حصل فى ملک المشروط له بفعله فلا وجه لبراءه ذمّه المشروط عليه فالتّعليل الّذى ذكره المصنف قدس سره من قوله لأنّ الزّياده إنّما حصلت فى ملكه يتمّ فى هذه الصّوره و أمّا لو حصل بفعل المشروط عليه أو بفعل الأجنبىّ المتبرّع أو بقدره اللّه سبحانه قبل القبض فلا إشكال فى عدم الخيار للمشروط له

أمّا لو كان الأثر من فعل المشروط عليه فلأنّ فعله محترم شرعا فأثر فعله من أملاكه فليس عليه شى ء بعد الوفاء بالشّرط و أمّا لو كان من قدره اللّه سبحانه أو من أجنبىّ متبرّع للمشروط عليه فسقوط الخيار أو عدم ثبوته يتوقّف على مقدّمتين الأولى أن لا يكون معنى الاشتراط إيجاد المشروط عليه هذا الشرط بنفسه بل يكون مرجعه إلى تسليم المبيع متّصفا به الثّانيه أن لا يكون حصوله فى ملک المشروط له منافيا لما التزم به المشروط عليه لأنّ سمن الدابّه مثلا و إن كان تابعا لملک الدابّه إلّا أن تبعيّته فى الملک إنّما هو بعد تحقّقه لأنّ الملكيّه متأخّره رتبه عن التحقّق و الشّرط يحصل فى رتبه التحقّق

و بعباره أخرى الوفاء بالشّرط إنّما يكون بحصوله فلا ينافى وقوعه فى ملک المشروط له حصوله و أمّا لو حصل الشّرط بعد القبض قبل العلم بتخلّف الشرط فحكمه أيضا سقوط الخيار بضمّ مقدمه ثالثه و هى أنّ الاشتراط ليس معناه تسليم الشّرط مع العين المشروط فيها بل معنى الشّرط أن يكون المبيع موصوفا بالوصف بحيث لو أمكن إيجاد الوصف بدون وجود الموصوف أصلا برأ ذمه المشروط عليه فالمشروط له يملک على المشروط عليه أمرين المبيع و الشّرط فلو سلمهما إليه برأ من عهده ضمانه و لو كان الموجد للشّرط هو اللّه سبحانه لأنّ حصوله بإيجاده سبحانه فى معنى حصوله قهرا

و من هنا ظهر حكم الصّوره الثّالثه و هى حصول الشّرط بعد العلم سواء قلنا بأنّ العلم سبب للخيار أو كاشف و ذلک لأنّ الخيار لا يكون حدوثه كافيا فى بقائه دائما بل تابع حدوثا و بقاء لانتفاء الشّرط فإذا حصل الشّرط ارتفع

ثم إنّ هذا كلّه لو كان المدرک تخلّف الشرط و أمّا لو كان قاعده لا ضرر فحكم الصّور الثّلاث أظهر كما أشار إليه المصنف بقوله لأنّ التّدارک حصل قبل الرّدّ فلا يثبت الخيار المشروع لتدارک الضّرر لأنّه دائر مدار الضّرر فإذا ارتفع قبل الفسخ ارتفع الخيار

قوله قدس سره و أشكل منه ما لو توقّف الملک على القبض إلى آخره

يعنى احتمال عدم الخيار فى الصّرف و السّلم أظهر فيما إذا حصل الشرط بعد العقد و قبل القبض

و لكن قد عرفت أنّ الحقّ فى جميع المعاملات ارتفاع الخيار بحصول الشّرط بعد العقد و لو بعد العلم فضلا عمّا قبله و فضلا عمّا قبل القبض و قد عرفت فى خيار المجلس أنّه لو لم يكن القبض واجبا فى البيع الّذى تتوقّف صحّته أو حصول الملكيّه فيه على القبض لا معنى للخيار أصلا و لو التفت إلى فقدان الشّرط ففى المقام إذا كان حال العقد مغبونا و ارتفع الغبن قبل القبض فبناء على عدم وجوب الإقباض لا موقع للخيار و بناء على وجوبه كما هو الحقّ فللخيار وجه

و لكنّك قد عرفت أنّه إذا ارتفع الغبن قبل القبض ثمّ أقبض بعد اطّلاعه على الغبن يرتفع الخيار و أمّا لو ارتفع

بعد القبض و قبل العلم أو ارتفع بعد العلم و قبل الرّدّ فحكم هذه المعامله حكم سائر المعاملات لأنّ مدخليّه القبض فى الصّحّه أو الملكيّه و عدم مدخليّته لا توجب تفاوتا فى الحكم بعد تحقّق القبض و نظر المصنف قدس سره أيضا إلى ارتفاع الغبن قبل القبض مع حصول الاطلاع عليه أيضا قبل القبض

و بالجمله الفرق بين هذه المعامله و غيرها يظهر فى ارتفاع الغبن قبل القبض مع علم المغبون به قبله لأنّه إذا اطلع على الغبن قبل القبض فلو لم يكن القبض واجبا عليه لم يتحقّق له داع إلى الإقباض و لا موضوع للخيار و لو كان واجبا عليه فحيث إنّ وجوب إقباض الزائد فى مقابله النّاقص ضرر عليه فللخيار محلّ فإذا ارتفع الغبن بين العقد و الإقباض فسقوط الخيار فى هذه المعامله أظهر من غيرها لأنّ الملك قد انتقل إليه من دون نقص بخلاف سائر المعاملات لأنّ الملك انتقل فيها إليه مع النّقص و أمّا ارتفاع الغبن بعد القبض أو قبله مع الاطلاع عليه بعد القبض فلا فرق فيه بين هذه المعامله و غيرها

قوله قدس سره و لو ثبت الزياده أو النّقيصه بعد العقد فلا عبره بهما إجماعا إلى آخره

يعنى أنّ المدار فى الخيار على الغبن الحاصل حال العقد فلو كان المال مساويا للآخر حاله ثم زاد أو نقص بعده فلا اعتبار به فالغبن الحاصل بعد العقد و لو حصل قبل القبض لا يوجب خيارا

إن قلت إذا كان المدار فى الخيار على الغبن الحاصل حين العقد فليكن سائر الشرائط كذلك و لازمه أنّه إذا كان المبيع صحيحا حال العقد و صار معيبا بعده قبل القبض لم يكن موجبا للخيار و لازمه أيضا أن حصول الشّرط بعد العقد مع عدمه حينه غير موجب لسقوط الخيار و إلّا يلزم أن يكون الغبن قبل القبض و لو بعد العقد موجبا للخيار قلت المدار فى ثبوت الخيار فقدان الشّرط من حين العقد مستمرا إلى زمان إعمال الخيار فيجب أن يكون الشّرط مفقودا من حين العقد و ثبوت الخيار فى العيب الحاصل بعد العقد قبل القبض إنّما هو لقاعده تلف المبيع قبل قبضه فإنّها تشمل أيضا تلف الأوصاف و لا تشمل ارتفاع القيمه السّوقيّه أو نقصانها بعد العقد

و بالجمله العبره فى شرط التساوى الموجب للخيار هو وجوده حال العقد إلى زمان الفسخ فلا عبره بما يحدث بعد العقد و هذا لا ينافى ما ذكرناه من أنّ موجب الخيار إذا زال بعد العقد قبل الفسخ يرتفع الخيار

قوله قدس سره ثم إنّه لا عبره بعلم الوكيل فى مجرّد العقد إلى آخره

لا إشكال فى أنّ الوكيل فى مجرّد العقد لا عبره بإقدامه على الغبن و عدمه فضلا عن علمه و جهله نعم الوكيل المفوض حتّى فى المعاملات المحاباتيّه لو علم بالغبن فلا خيار له لأنّه لا تشمله أدلّه الضرر و لا الدّليل الدالّ على أنّ تخلّف الشرط موجب للخيار كما تقدم وجهه و فى هذه الصوره لا خيار للموكل أيضا و لو كان جاهلا بالغبن فضلا عمّا إذا كان عالما كما أنّه لا إشكال فى أنّ مع جهلهما يثبت الخيار إنّما الكلام فيما لو كان الوكيل جاهلا و الموكل عالما و هذا على قسمين فتاره مع علمه بالغبن جاهل بأنّ الوكيل عالم به و أخرى يعلم بأنّه جاهل

و يظهر من المصنف عدم ثبوت الخيار فى كلتا الصّورتين مع أنّ الأقوى فى الصّورتين خصوصا فى الأولى ثبوت الخيار لأنّ مجرّد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار لأنّ العلم إنّما اعتبر طريقا و أماره على الإقدام و مجرّد عدم الرّدع مع العلم ليس دليلا على الإقدام بالغبن إذ لعلّه من جهه ثبوت الخيار للوكيل الجاهل بالغبن لا يردعه عن المعامله لجهه عقلائيه داعيه له إلى المعامله فعلا مع إعمال الخيار بعد ذلك

ثم إنّه إذا ثبت الخيار للوكيل فهل هو

للموكل أيضا أو مخصوص بالوكيل وجهان و قد مرّ فى خيار المجلس تفصيل ذلك

قوله قدس سره لأصاله عدم العلم الحاكمه على أصاله اللّزوم إلى آخره

لا يخفى أنّه لا وجه لإجراء أصاله عدم العلم لأنّ العلم بالقيمه و عدمه ليس موضوعا بل الموضوع هو الإقدام و عدمه فلا مانع من إجراء أصاله عدم الإقدام مع أنّ الإقدام بنفسه أمر مسبوق بالعدم و ليس نعتا للعقد هذا مع أنّ جعل المغبون مدّعيا مع مطابقه قوله لأصاله عدم العلم ينافى ما جعلوه ضابطا للمدّعى و المنكر و على هذا فلا وجه لإدراجه فيمن يتعسّر إقامه البيّنه عليه فإنّه كان كذلك أو لم يكن مع مطابقه قوله للأصل لا يطالب بالبيّنه

و بالجمله من يقبل قوله بيمينه و لو كان مدّعيا هو من ادّعى شيئا لا يعلم إلّا من قبله مع كون المدّعى به مخالفا للأصل و أمّا لو كان مطابقا للأصل فليس من مصاديقه

و على أىّ حال يختصّ بمن لا يعلم إلّا من قبله لا بمن تعسّر عليه إقامه البيّنه و إلّا يلزم أنّ من تعسّر عليه إقامه البيّنه يقبل قوله بيمينه و لم يلتزم به أحد و محصّل الكلام أنّ ظاهر العنوان أنّ الغابن منكر و المغبون مدّع و لذا قال بأنّ الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبيّنه و واضح أنّ البيّنه هنا بيّنه المدّعى لا بيّنه المنكر لرفع اليمين على القول به و جعل المغبون مدّعيا ينافى مطابقه قوله للأصل المعوّل عليه لو لا الدعوى

ثمّ على فرض جعله مدّعيا لا معنى لسماع دعواه مع اليمين بمجرّد تعسّر إقامه البيّنه عليه لأنّ يمين المدّعى إنّما يعتبر فى موارد خاصّه و هو اليمين المردوده و الّتى تكون جزء البيّنه و يمين الاستظهار و أمّا يمينه مع تعسّر إقامه البيّنه عليه فلا دليل على اعتباره

ثمّ إنّه لا وجه لقبول يمين المدعى بمجرّد عدم إمكان حلف المنكر و هو الغابن لإمكان فصل الخصومه بالصّلح و نحوه هذا مع أن بحث القوم و موضوع عنوانهم ما إذا كان الغبن معلوما و الغابن يدّعى علم المغبون و المغبون ينكره

و على هذا فلا معنى لقوله قدس سره و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال لأنّ المدّعى لا بدّ أن يدّعى على خلاف مقتضى الأصل

قوله قدس سره و قد يشكل بأنّ هذا إنّما يوجب عدم إلى آخره

لا يخفى ما فيه أمّا أوّلا فلأنّ مجرّد مخالفه قوله للظّاهر لا يوجب أن يجعل مدّعيا إلّا إذا كان الظّاهر حجّه و أمّا لو لم يكن حجّه فلا اعتبار به أصلا و ثانيا أنّه ليس مقصود جامع المقاصد و المسالك من قولهما إنّ المغبون لو كان من أهل الخبره لا يسمع دعواه هو جهه مخالفته للظّاهر حتّى يشكل عليهما بما أشكله قدس سره بل مقصودهما أنّه من شرط سماع الدعوى أن يكون الاحتمال الّذى يدّعيه المدعى فى مقابل الأصل عقلائيا و عاديا لا مجرّد كونه عقليا مثلا إذا ادّعى المعدم الفقير على غنىّ فضّا بقيمه عشره آلاف ليره لا يسمع دعواه و ثالثا لو قلنا إن كلّ ما لا يعلم إلّا من قبل المدعى يقبل مع اليمين فهذه القاعده تكون حاكمه على جميع الأصول و الظّواهر فمن يدّعى ما لا يعلم إلّا من قبله يكون منكرا لأنّ قوله مطابق لما هو الأصل فى المسأله لا

أنّه مدع و يقبل قوله

و رابعا على فرض أن يكون هـذا مـدّعيا لأن قوله يخالف الظّاهر الّذى هو حجّه فلا وجه لقوله إلّا أن يقال إنّ معنى تقديم الظّاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدّعيا يجرى عليه جميع أحكام المدعى إلى آخره لأنّه لو كان مدّعيا يجرى عليه جميع أحكام المدّعى كما أن قول من يوافق الظّاهر الّذى هو حجّه يجرى عليه جميع آثار المنكر

قوله قدس سره و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد إلى آخره

لا يخفى أن عبارته و إن لم تكن وافيه بالمرام إلّا أنّ المقصود واضح و محلّ النّزاع

ثبوت الغبن و عدمه و لا- شبهه أيضا أنّ استصحاب اللّزوم يجرى فى جميع الصّور إنّما الكلام فى جريان الأصل الموضوعى الحاكم على أصاله اللّزوم

فنقول تاره يقع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما على قيمه الفعليّه مثلا البائع يدّعى أنّ المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزّلت قيمته فكون قيمته فعلا ثمانيه الّتى تطابق الثّمن الّذى وقع العقد عليه لا يخرجه عن الغبن و المشترى يدّعى أنّ قيمته حال العقد ثمانيه فلا غبن فأصاله عدم التّغيير مضافا إلى أنّ التّغيير ليس بنفسه أمرا مسبوقا بالعدم و مضافا إلى أنّ الاستصحاب قهقرىّ لا- تفيد للمغبون لأنّها تنتج عدم الغبن فلو جرت فهى مطابقه لأصاله اللّزوم و لكن الحقّ عدم جريانها لما ظهر فى محلّه أنّ الاستصحاب القهقرائى ليس بحجه مع أنّه مثبت لأنّ الأثر لم يرتّب على هذا الأمر الانتزاعى بل رتّب على منشإ انتزاعه و هو عدم التّساوى حال العقد

و أخرى يقع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتّفاقهما على قيمته سابقا كما لو كان قيمه المبيع قبل العقد عشره و بيع بثمانيه فيدعى من يدعى الغبن بأنّ قيمته حين العقد كانت كقيمته قبله و منكر الغبن يدعى التنزّل و أنّ المبيع حين العقد قيمته ثمانيه فأصاله عدم التّغيير لو جرت كانت مثبته للخيار و مخالفه لأصاله اللّزوم و ثالثه يقع الاختلاف فى القيمه بعد العقد مع اتّفاقهما على موافقه قيمته حال العقد و قيمته الفعليّه فإذا بيع بثمانيه و يدّعى مدع الغبن أنّ قيمته حال العقد عشره و الآن كذلك أيضا و المنكر يدعى أنّ قيمته فعلا ثمانيه فتطابق مع قيمته حال العقد فالشكّ هنا ليس فى التّغيير مع الاختلاف فى الغبن و عدمه

إذا عرفت ذلك ظهر ما فى كلام المصنف قدّس سرّه من جعله أصاله عدم التّغيير رديفا لأصاله اللّزوم لأنّها لو جرت ففى صوره واحده تطابق أصاله اللّزوم لا مطلقا

[الأمر الثّانى كون التّفاوت فاحشا]

قوله قدّس سرّه الأمر الثّانى كون التّفاوت فاحشا فالواحد إلى آخره

لا- يخفى أنّ ما يتسامح فيه فى المعامله قد يكون قليلا جدا بحيث لا يصدق عليه الضّرر و هذا خارج عن موضوع البحث فى المقام لأنّ الكلام سيق لما إذا كانت المعامله ضرريّه فتاره يكون الضّرر ممّا يتسامح فيه و أخرى ما لا يتسامح

ثمّ إنّه من المعلوم أنّ المدار فى التّسامح و عدمه على اختلاف المعاملات فيختلف الضّرر أيضا باختلافها فإذا لم يكن الضّرر الخاص ممّا يتسامح فيه فى المعامله الكذائيّه فلا- إشكال فى ثبوت الخيار و إذا كان ممّا يتسامح فلا خيار سواء كان مدركه تخلّف الشّرط الضّمنى بنفسه من دون جعل تخلّفه مقدّمه لقاعده الضّرر أو لكون تخلّفه موجبا للضّرر أو لنفس قاعده الضّرر لأنّ مع التّسامح لا يتحقّق الشّرط الضّمنى و لا تجرى قاعده نفى الضّرر أيضا لكونها وارده فى مقام الامتنان فلا تشمل ما إذا كان بناء المتعاملين على الإقدام على الضّرر و إنّما الإشكال فى الشكّ فى أنّه ممّا يتسامح أولا

فإذا كان مدرك الخيار نفس قاعده الضّرر فالشكّ إذا رجع إلى الشكّ فى المصداق لا يمكن التمسّك بقاعده الضّرر لأنّ

التّخصيص و إن كان لبيّا لا لفظيّا إلّا أنّ الخارج لو كان عنوانا كليّا كخروج يد المحسن عن قاعده على اليد يكون اللّبى كاللّفظى فى عدم جواز التمسّك بعموم العام فى الشبهه المصداقيّه

فلا يقاس على جواز لعن المشكوك إيمانه من بنى أميّه تمسّكا بعموم لعن اللّه بنى أميّه قاطبه لكون التّخصيص فيه أفراديا كما بيّنا وجهه فى الأصول و لكن الشكّ فى المقام راجع إلى المفهوم لأنّ

الشّبهه المصداقیّه ما کان المقدار المتسامح فیه الخارج عن عموم لا ضرر معلوما کالعشره و الباقی تحت العموم معلوما کالخمسه و شکّ فی أنّ الغبن فی هذه المعامله عشره أو خمسه و فی المقام نفس القدر المتسامح فیه مشکوک مفهوما لدورانه بین الأقلّ و الأکثر فالمرجع هو عموم قاعده لا ضرر و أمّا إذا کان مدرک الخیار تخلّف الشّرط إمّا بنفسه أو بضمیمه لا ضرر فالمرجع هو قاعده اللزوم المستفاده من العمومات

[بقی هنا شی ء]

قوله قدّس سرّه بقی هنا شی ء إلی آخره

لا یخفی أنّ قاعده لا ضرر و لا حرج فی مقام حکومتها علی أدلّه الأحکام یراعی فیهما الضّرر و الحرج الشّخصی لا النّوعی نعم إذا کانا حکمه لتشریع الحکم کطهاره الحدید و ثبوت الشفعه فالمدار علی النّوعی بل علی الاتّفاقیّ منهما و لو لم یکن نوعیا کجعل العدّه لعدم اختلاط المیاه و لا فرق فی رعایه الشّخصیّ منهما بین الحکم التّکلیفی و الوضعیّ

إذا عرفت ذلک فنقول شراء ماء الوضوء لمن لا یضرّ به و عدم شرائه لمن یضرّ به تاره یفرض فیما إذا کان قیمه الماء فی محلّ الشّراء أضعاف قیمته فی غیر هذا المحلّ کالماء فی المفازه فی شدّه الهجیر و أخری فیما إذا لم یکن قیمته إلا کقیمته فی سائر الأزمنه و الأمکنه ففی الأوّل نفس المعامله لیست ضرریّه لأنّ ذلک قیمه الماء فیجب شراؤه علی من یتمکّن منه لأنّه واجد للماء و متمکن عن إیجاده و إنّما لم یجب علی من لا یتمکّن من شرائه لأنّ إیجاب الوضوء علی هذا الشخص ضرریّ لا لزوم المعامله و لذا لو اشتری هذا المفلس هذا الماء بهذا المقدار لا خیار له فی المعامله و فی الثّانی لم یعلم من الأصحاب فتوی بوجوب الشّراء و لو للتمکّن لأنّ نفس المعامله ضرریّه إلّا أن یتمسّک بدلیل النصّ

و بالجمله فی جمیع الأبواب المدار علی الضّرر الشّخصی و الغبن فی المعامله بمقدار الثّلاث ضرر علی کلّ شخص و لو کان ذا ثروه و مال و بمقدار نصف العشر لیس ضرریا و لو للمعدم المفلس و شراء ماء الوضوء لو کان قیمه الماء کثیره و لم یقع الغبن فی المعامله لا یکون ضرریّا حتی یقال شخصیّ أو نوعی و إذا وقع الغبن فیها فالمدار علی أنه ممّا یتسامح أو لا یتسامح

نعم قد یکون شراء الماء للمعدم حرجیّا و لو لم تکن المعامله ضرریّه کما إذا کان قیمه الماء فی المفازه بمقدار ما اشتراه به فإذا کان حرجیا فإیجاب الوضوء علیه حرجیّ باعتبار مقدّمته

[مسأله ظهور الغبن شرط شرعی لحدوث الخیار أو کاشف عقلی]

قوله قدّس سرّه مسأله ظهور الغبن شرط شرعی لحدوث الخیار أو کاشف عقلی إلی آخره

لا یخفی أنّ الخیار حق واقعیّ سواء قلنا بأنّ مدرکه تخلّف الشّرط الضّمنی مطلقا أو من جهه الضّرر أم قلنا بأنّ مدرکه قاعده لا ضرر من دون أن یکون التّساوی شرطا بل کان داعیا أو شرطا بنائیا غیر مذکور فی العقد فلا یدور مدار العلم بالغبن بل العلم به

كـاشف عقليّ لأـن معنى الخيـار أنّ ملـك الالتزام بيـد نفس الملتزم فإذا كان منشأ الخيار اشتراط التساوى فتخلّفه من حين العقد موجب لعدم التزام المغبون بما التزم به فيرجع اشتراط التّساوى إلى الخيار الجعلىّ من حين تخلّف التّساوى و هكذا إذا كان منشأ الخيار قاعـده لا ضـرر لأنّه يرجع مفادها إلى جعل الشّارع الخيار للمتضـرّر و معلوم أنّه متضـرّر حين العقد فلا بدّ أن يكون لزومه مرتفعا من حين وقوعه لا من حين العلم بالضّرر لما ذكرناه فى قاعده لا ضرر أنّ الضّرر الواقعىّ رافع للأحكام الوضعيّه لا المعلوم لأنّ الضّـرر هنا لا يسـتند إلى الجهل بل إلى اللّزوم لأنّ الجهل به لا يوجب إلّا صدور المعامله من المغبون و نفس صدورها ليس ضرريا بل الضّرر يتحقّق بعد تحقّق المعامله إذا كانت لازمه

فلا يقاس المقام على الأحكام التّكليفيّه

حيث تقدم أنّ العلم بالضّرر له دخل فى رفع الحكم و هذا بخلاف الوضعيات فإنّ الضّرر مستند إلى الجعل الشّرعى و هو لزوم العقد و لا دخل للعلم و الجهل فيه

نعم يكون العلم كاشفا عقليا و قد يتوقف إعمال الخيار على العلم به كما إذا قيل بأنّ التصرّف مسقط للخيار لكشفه عن الرّضا الفعلى لا لكونه مسقطا تعبّديا و لا لكونه مصداقا للمسقط بالحمل الشّائع الصّناعى فإن كاشفيّته عن الرضا الفعلى موقوف على العلم بالخيار

و ممّا ذكرنا ظهر ما فى كلام المصنف من قوله و توضيح ذلك أنّه إن أريد بالخيار السّلطنه إلى آخره فإنّ الخيار كما عرفت هو ملك الالتزام و هو حق واقعىّ شرعيا كان أو جعليا و من آثاره السّلطنه لا أنّه نفس السّلطنه و توقف إعمال الحق فى بعض المقامات على العلم به لا يوجب أن يكون الخيار مردّدا بين الأمرين

ثم إنّ الآثار المجعوله للخيار بأجمعها تترتّب على نفس الحقّ الواقعى لا أن بعضها مترتب على العلم و بعضها على واقعه و بعضها مردّد بين الأمرين لما عرفت من أنّ تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازه إذا كان كاشفا عن الرّضا و مع عدم العلم بالحقّ لا يكشف عن الرّضا و هذا بخلاف ما لو قلنا بأنه مسقط تعبّدى فإنه يكون مسقطا و لو لم يعلم بالخيار

[يسقط هذا الخيار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد العقد]

قوله قدّس سرّه مسأله يسقط هذا الخيار بأمور إلى آخره

لا يخفى أنّ محلّ البحث تاره يقع فى إسقاط الخيار بلا عوض بعد العلم بالغبن و أخرى فى المصالحه عنه بالعوض فلو كان بلا عوض فلو أسقط مرتبه خاصّه و ظهر الغبن الواقعى مخالفا لما أسقطه فلا وجه لسقوطه لأنّ ما هو الواقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و أمّا لو كان مطابقا لما أسقطه فلا إشكال فى سقوطه كما أنّه لو كان جاهلا بمرتبه و لكن احتمل بلوغه إلى مائه دينار مثلا فأسقطه بالغا ما بلغ و ظهر الغبن بأقلّ من مائه أو بمقدار مائه فلا إشكال فى سقوطه أيضا

و إنّما الإشكال فى موردين آخرين أحدهما ما لو أسقطه بزعم أنّه عشره فتبيّن كونه مائه و الثّانى ما لو أسقطه بالغا ما بلغ و لكن لم يحتمل بلوغه إلى مائه بل تخيّل أنّ غايته خمسين فظهر كونه مائه ففى السّقوط وجهان قد يقال إنّ مبنى الوجهين أنّ اعتقاد مرتبه من الغبن أو احتماله لو كان من قبيل الدّاعى فتخلّفه لا يضرّ بسقوط خيار الغبن بلغ ما بلغ و أمّا لو كان من قبيل التّقييد فلا

و لا يخفى أنّ المقام ليس من موارد دوران الأمر بين الدّاعى و التّقييد كالوجوب و الأداء مثلا فى باب العبادات لأنّ المدار فى المعاملات صحّه و فسادا على تخلّف الوصف أو العنوان أى الصّوره النّوعيّه فتخلّف العنوان يوجب البطلان و لو ذكر بنحو الشّرط كقوله بعتك هذا إن كان حمارا و أمّا تخلّف الأوصاف و القيم فلا يوجب الفساد و لو جعلهما عنوانا للمبيع كقوله بعتك

هذا الكاتب أو هذا الّذى قيمته كذا نعم لو جعلهما قيدا للموضوع بطل العقد من جهه التّعليق لا من جهه تخلّف القيد

و بالجمله الأوصاف أو القيم لا يتردّد أمرها بين القيديّه و الدّاعويّه بل هى إلى الدّواعى أقرب كما أنّ العناوين ليست مردّده بينهما بل هى من قبيل القيديّه إذا عرفت ذلك فإسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبه الغبن لو كان موجبا لتقييد الإسقاط بتلك المرتبه نظير تقييد المبيع بالصّوره النوعيّه لكان لعدم سقوط الخيار عند تبيّن زياده الغبن عما احتمله أو اعتقده وجه إلّا أنّه لا يمكن التّقييد فى المقام لأنّ الخيار أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب و لا يقبل التأكّد و فى المقام لا يقبل التخصّص بسبب دون سبب كما فى اجتماع خيار المجلس و الحيوان مثلا لأنّ التخصّص فرع اختلاف الأسباب و فى المقام للخيار بسبب واحد لأنّ مائه دينار مرتبه واحده من الغبن و ليس إسقاط الخيار كإسقاط الدين باعتقاد أنه عشره

فتبيّن كونه مائه لأن دوران الدّين بين الأقلّ و الأكثر و اشتغال الذمّه بديون متفاوته موجب لسقوط ما أسقطه دون الزّائد و هذا بخلاف مرتبه واحده من الغبن فإنّ فى هذه المعامله الخاصّه ليس سبب الخيار إلّا هذه المرتبه الّتى هى إحدى مراتب الاختلاف و ليست مركّبه من مراتب طوليّه

و بالجمله إذا لم يكن سبب الخيار إلّا أمرا واحدا و لم يكن نفس المسبّب إلّا أمرا بسيطا فليس اعتقاد مرتبه إلّا من قبيل الدّاعى بحيث لو قيّد الإسقاط بهذه المرتبه لبطل من جهه التّعليق فى المنشإ فبدون إرجاعه إلى تقييد المنشإ لا وجه لبطلانه و مقتضاه سقوط الخيار هذا كلّه فيما لو أسقطه بلا عوض

و أمّا إسقاطه بالعوض أى المصالحه عنه بالعوض فحكم الصّور الثلاث الأول حكم الإسقاط بلا عوض و أمّا الصّورتين الأخيرتين و هما ما لو صالح عنه بزعم أنّه عشره فتبيّن كونه مائه و ما لو أسقطا الغبن بالغا ما بلغ مع اعتقاده بأنّه خمسون فتبيّن كونه مائه فالمحتملات ثلاثه صحّه الصّلح مع الخيار للغبن فى المصالحه و الفساد و الصّحه بلا خيار و قد ذكر المصنف وجه الجميع فى المتن و لكنّه لا يخفى أنّه لو صالح خيار الغبن بالغا ما بلغ يكون الصّلح مبنيا على المحاباه فلا يجرى فيه خيار الغبن

قوله قدّس سرّه و أمّا إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن إلى آخره

لو قلنا بأنّ ظهور الغبن كاشف عقلىّ فلا إشكال فى سقوطه على جميع المدارك و أمّا لو قلنا بأنّه شرط شرعىّ فبناء على كون المدرك النّص الوارد فى تلقّى الركبان أو الإجماع فتاره يسقطه على تقدير ظهور الغبن و معلّقا فيكون من التّعليق فى المنشإ إلّا أنّه لا إشكال فيه لما ظهر فى محلّه من أنّ الشرط لو كان لفرض وجود الموضوع يخرج عن التّعليق و التّقييد و أخرى يسقطه فعلا و منجزا فيكون من إسقاط ما لم يجب و الجواب عنه بأن مع تحقّق المقتضى يخرج من إسقاط ما لم يجب غير صحيح كما بيّناه فى خيار المجلس و محصّله أن بطلان إسقاط ما لم يجب حكم عقلىّ غير قابل للتّخصيص لأنّه من مصاديق وهب الأمير ما لا يملك و بمجرّد حصول المقتضى مع عدم تحقّق الجزء الآخر لعلّه لا يمكن ترتّب المقتضى بالفتح عليه و لا يقاس إسقاطه بعد العقد على إسقاطه فى متن العقد فإنّه يرجع إلى الدّفع لا الرّفع لأنّ العقد يقتضى الخيار لو خلى و طبعه أى إطلاق العقد يقتضى التّساوى و السّلامه عن العيوب أمّا لو التزم بعدم التّساوى و بالبراءه عن العيوب فلا مقتضى للخيار أصلا

و أمّا مسأله إبراء المالك الودعى المفرط عن الضّمان فلا ربط له بالمقام لأنّ الإبراء قبل التّفريط يرجع إلى إذن المالك الودعى فى وضع المال فى غير المخزن فيرجع إلى الإذن فى التّفريط لا إلى إسقاط الضّمان بعد التفريط و إلّا لا يسقط كما فى المقام و أمّا إسقاطه بعد التفريط كما هو ظاهر العباره فليس إسقاطا لما لم يجب لأنّ المال بمجرد التّفريط يدخل فى ضمان المفرط و اعتبار التّلف إنّما هو لاعتبار قيمه المال يوم التّلف لا لتحقّق الضّمان فى ذلك الزمان فتأمّل كما أنّ البراءه عن العيوب لو تحقّقت فى متن العقد فترجع إلى الدّفع و لو تحققت بعد العقد قبل ظهور العيب مع كون ظهوره شرطا للخيار فالكلام الكلام

و بالجمله مجرّد تحقّق المقتضى للخيار لا يخرج إسقاط الخيار عن إسقاط ما لم يجب لو كان مدركه النصّ و الإجماع

نعم لو كان مدركه تخلّف الشّرط أو قاعده الضّرر يمكن إسقاطه و لو كان الخيار متوقّفا على العلم بالغبن لما عرفت فى خيار

الشّرط من أنّه لو شرط الخيار بعد سنه بحيث كان مبدؤه رأس السّنه فهو قبل تمام السّنه و إن لم يكن ذا خيار

إلّا أنّه مالک للشرط فله إسقاط شرطه و یذهب به موضوع الخیار ففی المقام أیضا له الالتزام بغیر المساوی أو الإقدام به

نعم فی متن العقد حکم إسقاطه حکم إسقاط خیار المجلس من أنّ إسقاط الحق فی محلّ ثبوته لیس من إسقاط ما لم یجب فیکون الإسقاط راجعا إلی دفع الحقّ لأنّه قد رضی بعدم التّساوی و الضّرر

و بالجمله العقود اللّفظیّه متضمّنه للالتزام العقدی و لا شبهه أن محلّ الالتزام نفس العقد فلکلّ من المتعاقدین أن یلتزم بمدلول العقد و یذهب موضوع الخیار فلا فرق بناء علی هذا بین إسقاط الخیار بعد العقد قبل ظهور الغبن و إسقاطه فی متن العقد لأنّ فی الأوّل من قبیل إسقاط الشرط و فی الثانی من التزام العاقد بما أنشأه و لا شبهه أنّه لصاحب الالتزام أن یتصرّف فعلا فیما هو تحت سلطانه

[الثانی من المسقطات اشتراط سقوط الخیار فی متن العقد]

قوله قدّس سرّه نعم هنا وجه آخر للمنع یختصّ بهذا الخیار و خیار الرّؤیه إلی آخره

محصّل الإشکال أنّ إسقاط الخیار فی متن العقد یوجب الغرر أمّا فی خیار الرّؤیه فلأنّ بیع العین الغائبه لا یصحّ إلّا بذکر الأوصاف الّتی بها تختلف مالیّه المال و مرجع إسقاط الخیار إلی اشتراء المال بأیّ وصف کان و هذا غرریّ لأنّ الأوصاف لها دخل فی المالیّه فمقدار المالیّه من هذا المبیع غیر معلوم و أمّا فی خیار الغبن فکذلک فإن اعتبار ذکر أوصاف المبیع لیس إلّا لأجل العلم بمقدار مالیّته فإذا کان الجهل بالمبیع أو بالصّفه راجعا إلی الجهل بالمالیّه فإسقاط خیار الغبن أیضا یرجع إلی الجهل بمقدار مالیّه المال فیلزم الغرر و فیه أوّلا النّقض بالمعامله المحاباتیه فإنّها تصحّ بلا شبهه و لا فرق فیها بین العلم بمقدار المالیّه و المعامله بالنقص منها أو أزید و بین الشکّ فیه

و بالجمله لا إشکال فی أنّه یصحّ أن یبیع ما لم یعلم قیمته السوقیّه بمقدار معیّن من المال و ثانیا بالحلّ و هو أنّ المعامله مع الجهل بالقیمه السّوقیّه لیست غرریّه فإن الغرر یرجع إلی الجهل بالعوضین أو إلی الجهل بصفاتهما الرّاجعه إلی التفاوت فی المالیّه للفرق بین عدم العلم بأنّ المبیع حنطه أو شعیر أو أنّ الحنطه متّصفه بکذا أو کذا و بین عدم العلم بأنّ الحنطه الکذائیه بأیّ مقدار تشتری فی السّوق ففی الأولین مالیّه المال مشکوکه و فی الأخیر مالیّته معلومه عند المتبایعین و مشکوکه فی أنّ غیرهما یشتریه بهذا المقدار أو أزید أو أنقص

و بالجمله حکم الغبن حکم العیب و لا شبهه فی صحّه البراءه من العیوب و منشأ ذلک أنّ أصاله السّلامه أو اشتراط التّساوی فی المالیّه لیس مصحّحا للبیع حتی بإسقاطهما یفسد بل هما من الشّروط الضّمنیه الّتی یوجب تخلّفهما الخیار فإذا بنی العاقد علی الشراء و لو کان معیبا أو و لو لم یسو بما اشتراه فیسقط شرطه و هذا بخلاف الأوصاف الّتی بها تختلف القیمه فی العین الغائبه فإن اعتبارها مصحّح للبیع فلا یمکن إسقاطها فإنّه یناقض اعتبارها فلا یصحّ قیاس إسقاط خیار الغبن علی خیار الرّؤیه بل الصواب فیه أن یقاس علی خیار العیب فکما أن وصف الصحّه لیس من الأمور الّتی بسبب اعتبارها یصحّ العقد و یخرج البیع عن الغرر لأنّ البیع لیس غرریّا کان الأصل فی الأشیاء هو السّلامه أو العیب فکذلک البیع بمقدار معیّن من الثّمن لیس غرریا کان

بناء المتعاقدين على اشتراط تساوى العوضين فى الماليّه أولا

[الثّالث تصرّف المغبون]

قوله قدّس سرّه الثّالث تصرّف المغبون إلى آخره

قد ذكرنا فى خيار الحيوان وجه كون تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازه بما لا مزيد عليه فراجع و ظهر ممّا قدّمناه أنّ التّصرّف المالكىّ مسقط للخيار مع العلم بموضوع الخيار فلو اشتبه عليه الحيوان الّذى اشتراه و تصرّف

فيه يتخيّل غيره فهذا التصرّف ليس مسقطا ففى المقام لو لم يعلم بالغبن فالتصرّف الواقع منه ليس التزاما بالنّاقص مقابل الزّائد و هذا واضح

قوله قدّس سرّه فتأمّل

لا يخفى أنّ ما يتخيّل كونه منشأ للأمر بالتّأمل أحد الوجوه الثّلاثه الأول المناقشه فى الفرق بين الدّفع و الرّفع فيما كان الدّليل الدّال على حكم المستصحب إجماعا أى لا فرق بين أن يكون الشّك فى الدّفع أو الرفع فلا يجرى الاستصحاب مطلقا لأنّ الحكم ثبت بالإجماع لا بالدّليل حتى يستصحب فى مورد الشكّ و لكن لا يمكن أن يكون ذلك وجه نظر المصنف قدّس سرّه لما أوضحه فى الأصول من أنّ الاستصحاب يجرى فى مورد الشكّ فى الرافع و لو كان الدليل المثبت للحكم إجماعا و إنّما يناقش فى خصوص دليل العقل

الثّانى كون الشكّ فى المقتضى لا الرّافع و تقريبه أن مقدار استعداد بقاء المستصحب مع التصرّف غير معلوم و لكنّه أيضا كالسّابق ليس منشأ للأمر بالتأمّل لأنّ المدار فى الشكّ فى المقتضى على أن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزّمان لا بقاؤه من حيث الزّمانىّ و بالنّسبه إلى كلّ طار و عارض و إلّا يرجع جميع أقسام الشكّ فى رافعيّه الموجود إلى الشكّ فى المقتضى مثلا لو شكّ فى استعداد بقاء الطّهاره مع الوذى و المذى فلو لم يجر استصحاب الطّهاره لكونه شكا فى المقتضى فلا مورد لأغلب الاستصحاب كما لا يخفى

و الثّالث و هو المتعيّن أن يكون الشكّ شكا فى الموضوع لأنّ موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون حتى يستصحب حكمه و هكذا ليس الموضوع الّذى تعلّق به الخيار العقد الغبنى بل يحتمل أن يكون لوصف عدم الرّضا و لو نوعا دخل فى الموضوع فمن تصرّف تصرّفا يكشف عن رضاه ليس له الخيار كاحتمال دخل عدم التصرّف فى الموضوع الّذى تعلّق به الخيار

[الرّابع من المسقطات تصرّف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن]

اشاره

قوله قدّس سرّه الرّابع من المسقطات تصرّف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن إلى آخره

لا يخفى أنّه لا وجه لسقوط خيار المشترى المغبون قبل العلم بالغبن إلّا إذا ثبت إجماعا تعبّديا فيكون كخيار العيب الّذى ثبت بالنّص سقوط الردّ به لو تصرّف فى العين و لو قبل العلم بالغيب تصرّفا مغيرا للعين كما سيجى ء فى محلّه و ما ذكروه وجها للسقوط ضعيف كما اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدّس سرّه و لا إجماع فى المسأله و القاعده تقتضى عدم سقوط الخيار إذا كان منشؤه الضّرر أو تخلّف الشّرط إلّا فى مورد الإقدام على الضّرر أو إسقاط الشّرط و المفروض أنّ مع الجهل بالغبن لا يتحقّق الإقدام أو الإسقاط إلّا معلقا أو إسقاطه فى متن العقد فمجرّد التصرّف ليس مسقطا سواء كان تصرّفا ناقلا كالبيع و نحوه أو كان فكا للملك كالوقف و العتق أو رهنا و إجاره و استيلادا أو تلفا حقيقيا أو نقلا جاز للنّاقل الرّد كالهبه و البيع الخيارى

نعم لو ثبت كون التصرّف من المغبون مطلقا أو من خصوص المشترى المغبون مسقطا إجماعا يجب أن يفصل بين التصرّفات ففى مورد التّلف الحقيقىّ أو الحكمى كالعتق و الوقف ينبغى القول بسقوط الخيار و أمّا فى مورد النّقل فيمتنع الفسخ ما دام العين المغبون فيها خارجه عن ملك المغبون و لو كان النّقل جائزا لأن الفسخ يقتضى ردّ العين من ملك الفاسخ إلى ملك المفسوخ عليه و ردّ بدلها من ملك المفسوخ عليه إلى ملك الفاسخ و العين إذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الردّ

نعم له ردّ العين إلى ملكه إلّا أنّه ما لم يردها يمتنع ردّها إلى ملك المفسوخ عليه و أمّا فى مورد التّدبير و الوصيّه فلا إشكال فى إمكان الفسخ لأنّ نفس الفسخ إبطال لهما و فى مورد الإجاره أيضا كذلك لأنّ كون العين تحت يد المستأجر لا يمنع عن ردّ رقبه الملك إلى الغابن و الفسخ

لا يقتضى إلّا ردّ الملك و أمّا فى مورد الرّهن و الاستيلاد فيمتنع الرّد أمّا الرّهن فلأنّ حقّ الرهانه يقتضى بقاء العين المرهونه فى ملك الرّاهن ليستوفى المرتهن حقّه منها فكون الرقبه ملكا للرّاهن لا يفيد لصحّه الرّد لامتناع إخراج الرّهن ما دام رهنا عن ملك الرّاهن و ليس حقّ الرهانه كحقّ الجنايه يتبع رقبه العبد أينما كان و أمّا الاستيلاد فكذلك أيضا لأنّه لو انعقد الولد فى ملك المستولد بلا تعلّق حقّ أحد على الأمه يمتنع إخراجها عن الملك ما دام الولد حيّا

قوله قدّس سرّه و ربما يبنيان على أنّ الزائل العائد كالّذى لم يزل أو كالّذى لم يعد إلى آخره

قد يورد على المصنف قدّس سرّه بأنّه لا وجه لذكر هذه العباره المنقوله من الشّافعيّه إلّا حسنها و لكنّه لا يخفى أنّ وجه إمكان الرّد و عدمه بعد عود الملك إلى ملك المغبون و ارتفاع المانع ليس إلّا هذين المبنيين فلو قيل بأنّ الزائل العائد كالّذى لم يزل فله الرّد و لو قيل بأنّه كالّذى لم يعد فلا و الحقّ هو التّفصيل بين موارد العود

فلو عاد إلى ملك المغبون على الوجه الّذى كان ملكه قبل التصرّف بحيث كان قوام ملكه بعد العود هو قوامه قبل التصرف فالزّائل العائد كأنّه لم يزل فلو باع بالبيع الخيارى أو وهبه ثم فسخ البيع أو رجع عن الهبه فالفسخ و إن كان حل العقد من حينه لا من حين العقد إلّا أنّ سبب الملك للمغبون بعد الفسخ أو الرّجوع عن الهبه هو السّبب الّذى كان قبل تصرّفه و هو اشتراؤه من الغابن فإذا رجع العين إلى حالها قبل التصرّف فلا مانع من ردّها إلى الغابن و يلحق بالفسخ الإقاله و فكّ الرهن و موت ولد أمّ الولد و كلّ ما رجع الملك إلى سببه الّذى كان بين الغابن و المغبون

و أمّا لو عاد إلى ملكه على غير ما كان له قبل التّصرف كما لو رجع إليه بالاشتراء أو بالإرث و نحو ذلك بحيث كان سببه بعد العود غير سببه قبل التصرّف فالزّائل العائد كالّذى لم يعد لأنّ هذه الملكيّه الحاصله له فعلا غير الملكيّه الحاصله له قبل التصرّف فإن سبب ملكه قبل التصرّف هو اشتراؤه من الغابن و سبب ملكه فعلا هو الإرث و الاشتراء من غير الغابن فيتخلف السّببان فيمتنع الفسخ لأنّه عباره عن ردّ كلّ مال إلى مالكه الأصلى على نحو خرج عن ملكه و العين بعد رجوعها إلى ملك المغبون بسبب جديد لا يمكن ردّها إلى ملك الغابن على نحو خرج عن ملكه و دخل فى ملك المغبون

و بعباره أخرى الفسخ يتعلّق بردّ الملك أى مبطل لسببه فالسّبب لو كان موجودا أمكن إبطاله و أمّا لو انعدم و تبدّل بسبب آخر فلا معنى لإبطاله

[و أمّا تصرف الغابن]

اشاره

قوله قدّس سرّه هذا كلّه فى تصرّف المغبون و أمّا تصرف الغابن فالظّاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به إلى آخره

هذه المسأله من صغريات تصرّف من عليه الخيار و الظّاهر أنّه لا يسقط بتصرفه خيار من له الخيار سواء تصرّف بالنّقل اللّازم أو ما بحكمه من الإتلاف و الهبه لذى الرّحم أم بالنّقل الجائز أم بالتّغيير أو المزج و الخلط لأنّه لا موجب لسقوط الخيار و لو قلنا بنفوذ تصرّف من عليه الخيار لعدم الملازمه بين نفوذ تصرّفه و سقوط حق ذى الخيار و هذه المسأله و إن كان محل تنقيحها فى أحكام الخيار إلّا أنّه لا بأس بالتعرّض لها إجمالا تبعا لما أفاده شيخنا الأستاذ مد ظلّه و توضيحا للفروع الآتيه فى المتن

فنقول فى نفوذ تصرّف من عليه الخيار مطلقا أو عدم نفوذ تصرّفه مطلقا أو التّفصيل بين الموارد أقوال و الظّاهر أن محلّ الخلاف فى غير العين الّتى اشترط ردّها بردّ الثمن فإنّ المشترى ليس له التّصرفات الناقله فيها إلّا أن يكون النّظر بماليّتها و كيف كان فلو فسخ ذو الخيار و وجد العين خارجه عن ملك من عليه الخيار فلو قيل بعدم جواز تصرّف من عليه الخيار وضعا و تكليفا فخروجها كالعدم لأنّ

تصرّفه باطل رأسا

و أمّا لو قيل بجواز تصرّفه تكليفا فهل ينفذ منه مطلقا أو فى خصوص العتق فلذى الخيار المثل أو القيمه أو يبطل من أصله أو من حين الفسخ وجوه بل أقوال منشؤها الاختلاف فى متعلّق حق الخيار فقيل بأنّه العين و قيل بأنّه العقد بما هو عقد و قيل بأنّه العقد طريقا لاسترجاع العين فعلى الأوّل و الثّالث لا ينفذ تصرّفه لأنّ العين إذا كانت متعلّقه لحق الغير لا ينفذ تصرف مالكها فيها كما فى العين المرهونه و استشهد لهذا القول بما اختاره الفقهاء من أنّ التصرّف النّاقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقّه متعلّقا بالعين لم يكن إذنه موجبا لسقوط حقّه و كان له فسخ العقد

و أورد عليه المصنف بأنّ سقوط الخيار بالإذن فى التصرّف إنّما هو لدلاله الإذن عرفا على السّقوط لا التعلّق الخيار بالعين و فيه أنّه لو كان منشأ السّقوط دلاله الإذن عليه عرفا لكان اللّازم سقوطه مطلقا سواء تصرّف من عليه الخيار أم لم يتصرّف مع أنّ الأقوى أنّ السّقوط إنّما هو بالتصرّف المأذون فيه لا بمجرّد الإذن كما هو الشّأن فى بيع الرّاهن بإذن المرتهن فإنّه لا يسقط حقّ المرتهن أيضا بنفس الإذن

هذا مع أنّ دلاله الإذن على الإسقاط ممنوعه لأنه قد أذن لمن عليه الخيار فى التصرّف فى ماله الّذى يقتضيه طبع المعامله فلا يدلّ على الإجازه و لذا يفصل فى العرض على البيع بين عرض المنتقل عنه و المنتقل إليه فإنّه بالنّسبه إلى المنتقل عنه فسخ و ليس إجازه بالنّسبه إلى المنتقل إليه

و بالجمله لا وجه لسقوط حقّه بمجرّد إذنه لمن عليه الخيار فى التصرّف فى ماله و لا ينافى ذلك كون إذنه للأجنبى فى بيع المنتقل عنه فسخا و ذلك لاختلاف المقامين فى دلاله الإذن على الإجازه أو الفسخ عرفا كاختلاف العرض على البيع بالنّسبه إليهما

نعم الملازمه بين الفسخ و الإجازه إنّما تكون فى التصرّف الناقل من نفس ذى الخيار فكل مورد كان تصرفه فى المنتقل إليه إجازه يكون تصرّفه فى المنتقل عنه فسخا فالصّواب فى الجواب أن يقال إنّه يمكن القول بسقوط الخيار بالتصرّف المأذون فيه و إن لم يكن الحق متعلّقا بالعين لأنّه بالإذن يرفع موضوع الخيار فإنّ إعماله لا يمكن إلّا إذا أمكن الفسخ و الإمضاء كلاهما و بعد إذنه فى التصرّف لو تصرّف المأذون لا يمكن أن يكون ضمان العين فى عهدته فإذا امتنع الضّمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار

ثم إنّ هذا بناء على سقوط الخيار بالتصرّف المأذون فيه لا بنفس الإذن و أمّا بناء على صحّه ما نسبه شارح الميسيه إلى المشهور من سقوط الخيار سواء تصرّف المأذون أم لم يتصرّف فيصحّ الاستشهاد به لتعلّق حق الخيار بالعين لأنّه لو لم يكن حقّه متعلّقا بها لكان إذنه كإذن الأجنبى

هذا بناء على الوجه الأوّل و الثّالث و أمّا لو قيل بتعلّق حقّ الخيار بالعقد بما هو هو فقد يقال بنفوذ تصرّفه مطلقا و قد يفصل بين الإتلاف و الإخراج عن الملك و على أىّ حال لا ينافى ذلك إعمال الخيار فلو فسخ يتعلّق حقّه بالبدل مطلقا أو فى مورد الإتلاف و أمّا فى التصرّف النّاقل فيرجع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك المتصرّف و عن ملكه إلى ملك الفاسخ أمّا من

حين الفسخ أو من أصله

ثم إنّه استشهد المصنف لنفوذ تصرّفه مطلقا و كون الخيار متعلّقا بالعقد بمقدمتين الأولى أنّه لو كان الخيار متعلّقا بالعين لزم سقوطه بتلفها الثّانيه أنّ الفقهاء اتّفقوا بأنّ تلف العين لا يوجب سقوط حق من له الخيار فتنتج هاتان المقدّمتان اللّتان إحداهما بمنزله الصّغرى و الأخرى بمنزله الكبرى نفوذ تصرّفات من عليه

الخيار مطلقا و أن الخيار متعلّق بالعقد لا بالعين

و فيه منع المقدّمه الأولى فإنّ سقوط الحقّ بتلف متعلّقه إنّما يصحّ لو لم يكن المتعلّق فی عهده من تلف عنده و العين فی المعاملات مضمونه إمّا بالمسمّى أو بالمثل أو القيمه و كيف كان فوجه تعلّق حقّه بالبدل لو نفذ تصرّف من عليه الخيار هو أنّه لو جاز التصرّف فلا موجب لإهمال ما يقتضيه من ترتيب آثار الملك على ملك المشترى الثّانى فلو فسخ ذو الخيار يتعلّق حقّه بالبدل جمعا بين الدّليلين

و أمّا وجه انفساخ المعامله الثّانيه بفسخ المعامله الأولى فهو لحديث الفرعيّه و حاصله أنّ جواز التصرّف و الانتقال إلى المشترى الثّانى نشئا من كون المال ملكا للمشترى الأوّل فإذا أزال المنشأ بفسخ ذى الخيار ينفسخ العقد الثانى إمّا من حين الفسخ كما هو مقتضى تأثير الفسخ فی غير المقام أو من أصله كما هو مقتضى الفرعيّه فإنّ العقد الثانى لو كان متفرّعا على الأوّل فإذا بطل الأوّل يبطل الثّانى من أصله و يصير كأن لم يوجد هذا مع أنّ مقتضى الفسخ تلقى كلّ من المتعاقدين الملك من الآخر فلا بدّ من انفساخ العقد الثّانى من أصله حتّى يتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لا من المشترى الثّانى

إذا عرفت مدرك الأقوال إجمالا فلا بأس للإشاره إلى ما هو المختار فنقول الأقوى هو تعلّق حق الخيار بالعقد طريقيّا فإن المقصود من جعل الخيار لذى الخيار هو تمكّنه من استرجاع العين و ردها إلى حالها قبل العقد

و يؤيد ذلك تفصيل المشهور فی إرث الزّوجه الخيار الّذى يستحقّه الزّوج الميّت المتعلّق بالأرض بين ما كانت الأرض منتقله عن الزّوج فلا ترث و ما كانت منتقله إليه فترث لأنّ فی الانتقال عنه لا يفيد للزّوجه حقّ الخيار لأنّها لا ترث من العقار و فی الانتقال إليه ترث الثمن لو فسخت العقد و لو لم يكن العين متعلّقه لحقّ الخيار بل كان الخيار مجرّد السّلطنه على حلّ العقد من دون نظر إلى العين لما كان وجه للتّفصيل كما لا يخفى

و يؤيّده أيضا عدم إرث وارث الأجنبى الخيار المجعول له فإنّه لو كان الخيار مجرّد السّلطنه على العقد و لم يكن ماليّه من باب استرجاع العين بل كان هو شيئا فی حيال ذاته لكان اللّازم إرث الوارث له لأنّه ممّا تركه الميّت و هذا بخلاف ما إذا كان ماليّه الخيار باسترجاع العين فحيث إنّ الوارث ليس له حظّ من العين و نفس حلّ العقد ليس له ماليّه فلا يرثه الوارث

و يؤيّده أيضا عدم صحّه نقل الخيار إلى غير من عليه الخيار فإنّه لو لم يكن للخيار مساس بالعين لما كان وجه لعدم الانتقال إلى الأجنبى فعدم الانتقال إليه يكشف عن تعلّق الخيار بالعين اللّهمّ إلّا أن يقال إن جميع هذه المؤيّدات لا تقاوم ما تقدم فی بيان حقيقه الخيار من كونه راجعا إلى ملك الالتزام و حلّ التّبديل و التعهّد فإنّه تقتضى كونه راجعا إلى العقد من دون مساس له بالعين

هذا مضافا إلى أنّ نفس حقيقته لا تختلف ببقاء العين و تلفها و فی كلتا الصّورتين يعمل الخيار و يفسخ التعهّد بعنايه واحده لا أنّ مع بقائها يرجع إلى ردّ شخصها و مع تلفها يرجع إلى ماليّتها فإذا كان إعمال الخيار على وجه واحد فی المقامين فلا بدّ من أن يكون متعلّقا بنفس العقد و الاختلاف ناشئا من اختلاف الموارد لأنّ إبطال التبديل بين المالين مع بقاء العين يقتضى قهرا ردّ

العين و مع تلفها حيث إنّها فى ضمان الطّرف يرجع المثل أو القيمه

و على هذا فالحقّ ما اختاره المصنف قدّس سرّه و صحيحه ابن سنان حتّى يصير للمشترى غير ناظره إلى تعلّق الخيار بالعين أصلا

فإنّها فی مقام بیان أنّ تلف العین فی ضمان من لیس له الخیار و فی عهدته إلّا إذا انقضی الخیار و یصیر الحیوان ملکا مستقرّا للمشتری بحیث لا یقدر أن یخرجه عن ملکه إلّا بمعامله جدیده

و بعباره واضحه الفسخ لیس تملّکا جدیدا حتّی یتقوّم بالعین و یمنع کونه ملکا لذی الخیار عن تصرّفات من علیه الخیار بل ردّ للتبدیل السّابق و حلّ للتّعقید و التعهّد و رجوع العین أو بدلها إلی حالها السّابق من لوازم ردّ التّبدیل لا من جهه تعلّق الحقّ بها

ثم إنّه لو جاز تصرّف من علیه الخیار فلا وجه لبطلان المعاملات الصّادره منه لا من أصلها و لا من حین الفسخ و حدیث الفرعیّه لا محصّل له کما لا یخفی و أمّا لو لم یجز لتعلّق الخیار بالعین فهل یبطل المعاملات رأسا بمعنی أنّ من شرائط صحّه البیع مثلا کون الملک غیر متعلّق للخیار کما أنّ من شرائطه عدم الفرد أو أنّ معنی عدم جواز تصرّفاته أنّ لزوم العقد یتوقّف علی عدم تعلّق الحقّ بالعین و الحقّ هو الثّانی إلّا علی القول ببطلان الفضولی فیما لو کان العین متعلّقا لحقّ الغیر کبیع الرّاهن و حیث إنّ المختار صحّته مع إجازه ذی الحقّ فیصحّ فی المقام مع إجازه من له الخیار

ثمّ إنّ تعلّق حقّه بالعین هل هو من قبیل تعلّق حقّ الجنایه بالعبد الجانی و تعلّق حق الشّفعه بالدار المشترکه أو من قبیل حقّ الرهانه وجهان و الحقّ هو الثّانی لأنّه لا یمکن أن یتعلّق الحقّ فی المقام بملک الثّالث و علی هذا فالتصرّفات المتلفه لا تجوز أصلا و أمّا التصرفات النّاقله فمراعی بإجازه ذی الخیار و انقضاء مدّه الخیار و یجری نزاع الکشف و النّقل فی الإجازه کما یجری نزاع الفسخ من الحین أو من الأصل فی الفسخ بالنّسبه إلی العقد الأوّل

و أمّا بالنّسبه إلی العقد الثّانی فیفسخ العقد الأوّل یبطل الثانی من رأسه لأنّه کبیع الرّاهن مع فسخ المرتهن نعم لیس لذی الخیار إبطال العقد الثانی من دون فسخ العقد الأوّل لأن حقّه لم یتعلّق إلّا بالعین و لیس له السّلطنه علی عقد المالک و قد أشرنا إلیه فی باب الفضولی و أمّا وطی الأمه فلو کانت الطّلقیّه من شرائط صیروره الأمه أمّ الولد شرعا فالاستیلاد غیر مانع عن تعلّق حقّ الخیار بالعین فلا مانع من الوطی

و أمّا لو لم تکن الطلقیّه شرطا فلا یجوز لأنّه موجب لإتلاف حقّ ذی الخیار و لکنّه لو استولدها و لو معصیه تصیر الموطوءه أمّ الولد فیمتنع ردّها بالفسخ و إن کان الخیار مقدّما لأنّ تقدّم الحقّ إنّما یؤثر لو کان الحقّان فی رتبه واحده و أمّا لو کان أحدهما معدما لموضوع الآخر فلا یلاحظ التقدّم و إذا کان رجوع العین مشروطا بإمکانه عقلا أو شرعا یؤثّر الاستیلاد لأنّه مانع شرعیّ

ثمّ إنّ ممّا ذکرنا ظهر مدرک الوجوه الّتی ذکرها المصنف من تسلّط المغبون علی إبطال تصرفات الغابن من حین الفسخ أو من الأصل و من عدم تسلّطه و ظهر أیضا أنّ بطلان التصرّف من حین الفسخ أو من الأصل یمکن علی کلا القولین من عدم تعلّق حقّ الخیار بالعین و من تعلّقه بها فعلی القول بعدم التعلّق فمنشأ البطلان من حینه أو من أصله هو الفرعیّه و علی القول بالتعلّق فمنشأ الاحتمالین کون التصرّف من قبیل تصرّف الراهن فبالفسخ یبطل من أصله أو کونه من قبیل تصرّف من علیه حقّ الشّفعه فیمکن للشّفیع إبطال العقد الثّانی أو الثّالث

ثم لا یخفی أنّ الحقّ بناء علی جواز التصرّف هو عدم الفرق بین العقود الجائزه و اللّازمه و لا وجه لما ذکره فی المسالک من

كون الغـابن ملزما بالفسـخ فيما لو باع بخيار أو وهب بغير ذى الرّحم لما عرفت من أنّ حقيقه الفسـخ تقتضـى ردّ التبـديل بمجرّد الفسخ و إذا انتقل

بدل العين حين الفسخ إلى ملك الفاسخ فلا موجب لإلزام المفسوخ عليه بالفسخ و ليس البدل فى المقام كبدل الحيلوله فإن العين فى بدل الحيلوله باقيه على ملك مالكها و البدل غرامه فلصاحب العين إلزام الضّامن بتحصيل العين بخلاف المقام فإنّ حق المغبون بمجرّد الفسخ يتعلّق بالبدل

ثمّ بناء على القول بعدم وجوب الفسخ فى العقد الجائز فلو اتّفق عود الملك إلى الغابن بالفسخ قبل فسخ المغبون فلا إشكال فى أنّ فسخه يتعلّق بالعين و لو اتّفق عوده إليه بسبب جديد فالعائد كأنّه لم يعد

و أمّا لو اتّفق عوده بعد فسخ المغبون فلو عاد بسبب جديد فلا إشكال فى أنّه لا يتعلّق حق المغبون به و أمّا لو اتّفق عوده بالفسخ فلا يبعد أن يقال بتعلّق حقّ المغبون به خلافا للمصنف لأنّ البدل فى المقام و إن لم يكن من قبيل بدل الحيلوله إلّا أنّ منشأ تعلّق الحق به تعذّر العين فلو ارتفع التعذّر يرجع البدل و لذا لو فرض محالا ـ عود العين التّالفه فلا إشكال فى تعلّق حق المغبون بها فيكون المقام كما لو صار الخلّ عند الغاصب خمرا فأخذ المالك بدله ثمّ صار بعده خلا فإنّه يرتفع البدليه

و بعباره أخرى إذا فسخ الغابن المعامله الواقعه بينه و بين الثّالث و رجع العين إليه فلا بدّ أن لا تبقى فى ملكه مع فسخ المغبون لأنّ المفروض أن منشأ ملكيته للعين كانت المبادله بينه و بين المغبون فإذا ارتفعت المبادله و لو قبل رجوعه إلى الثّالث ترجع العين إلى ملك المغبون و بدلها إليه حتى بناء على ما اختاره صاحب المقابس من أنّ التّلف و ما بحكمه يوجب المعاوضه القهريّه الشرعيّه لأنّه لا ينافى وقوع المعاوضه قهرا بالتّلف و بطلانها برجوع التّالف إلّا أن يكون للدّليل الدالّ على وقوع المعاوضه إطلاق بحيث يشمل بعد رجوع التالف إلى حاله السّابق و حيث إنّه لا دليل على ذلك من أصله فضلا عن إطلاقه فلا فرق بين الفسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده قبل أخذ البدل أو بعده

[و لو تصرّف الغابن تصرّفا مغيّرا للعين]

قوله قدّس سرّه و لو تصرّف الغابن تصرّفا مغيّرا للعين إلى آخره

لا يخفى عدم صحّه ما فصّله فى النقيصه بين أن يكون النّقص موجبا للأرش و بين ما لا يوجبه فإنّه مضافا إلى عدم صحّته فى نفسه يكون مخالفا لما اختاره فى الأبواب الأخر من عدم الفرق بين الأوصاف

و بالجمله لو كان وصف الصّحه الّذى يوجب فقده الأرش فى باب خيار العيب موجبا لكون الغابن ضامنا له لكان وصف الكمال أيضا كذلك و لو لم يكن فقد وصف الكمال موجبا للضّمان فلا يوجب فقد وصف الصّحه أيضا لأنّ التّفرقه بينهما إنّما يكون بأحد الوجهين الأوّل كون وصف الصّحه بمنزله الجزء بأن يقع مقدار من الثمن بإزائه دون وصف الكمال و ذلك ممّا لا يلتزم به المصنف و لا يمكن الالتزام به لأنّ الأوصاف و إن كانت موجبه لزياده ماليّه المال إلّا أنّها لا تقع بإزائها فى عقد المعاوضه شى ء من العوض و ثبوت الأرش فى مقابل وصف الصّحه إنّما هو بالتعبّد لا من جهه وقوع الثمن بإزائه و إلّا كان اللّازم ردّ بعض من خصوص الثّمن و الثّانى أن يكون زوال وصف الصّحه تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بأنّ الضّمان

المعاوضی و إن تبدّل بضـمان الید بعد القبض إلّا أن تبدّله به إنّما هو فی خصوص العین و وصف الصّحه دون وصف الکمال و هذا أیضا ممّا لا یمکن التزام به لأنّه لا فرق بین الأوصاف فی أنّها بأجمعها مضـمونه علی المفسوخ علیه کما تکون مضمونه علی الغاصب لأنّ وجه الضّمان فی البابین هو قاعده الید

و لا یمکن أن یقال بأنّه لا وجه لضمان المفسوخ علیه

النّقص الحاصل فی ماله فإنّه لو تمّ ذلک اقتضی أن لا یکون ضامنا لوصف الصّحه بل العین أیضا لأنّ کلّا منهما ملکه و تلف تحت یده مع أنّه ضامن بلا إشکال بمعنی أنه یجب علیه ردّ المثل أو القیمه و استرداد ما دفعه إلی طرفه لو لم یکن التّلف فی زمان خیار الطّرف و إلّا یجب علیه ردّ المثل أو القیمه من دون استرداد ماله أو بدله

و ممّا ذکرنا ظهر حکم الإجاره فإنّها نقص یجب علی المفسوخ علیه تدارکه و لا یمکن الفرق بین الفسخ و التّفاسخ و لم یبین المصنف وجه الفرق أصلا

ثمّ إنّ مما ذکرنا ظهر ما فی حاشیه السید من قوله و لکنّ الظاهر أنّ الفقهاء لا یلتزمون بما ذکرناه فإن سقوط خیار التّفلیس بنقصان وصف الصّحه و عدم سقوطه بنقصان سائر الأوصاف لو قیل بهما فلیس ذلک للفرق بین الأوصاف بل لاعتبار قیام العین علی ما کانت علیه حال البیع فی ذلک الباب و مع تلف وصف الصّحه لیس العین قائمه بعینها دون وصف الکمال ففی تلف وصف الصّحه تکون العین کسائر أمواله ممّا یتعلّق بها حق الغرماء دون تلف وصف الکمال فإنّ البائع یأخذ نفس العین و قولهم فی باب الفلس بأنّه لو ردّ البائع العین المعیبه لیس له الأرش للنقصان لا یستقیم و لذا ینتقل هو خلافه عن العلّامه و الشّهید

و بالجمله معنی الضّمان فی المعاوضات کالبیع مثلا هو أنّ البائع ضامن للمبیع قبل القبض أی عهده المبیع علیه فإذا تلف ینفسخ البیع و یتعیّن المسمّی للعوضیّه أی یرجع نفس الثّمن إلی المشتری و بعد إقباضه ینتقل الضّمان أی عهده المبیع إلی المشتری فإذا تلف و طرأ علی العقد فسخ أو إقاله یجب علیه ردّ المثل أو القیمه و یسترد ثمنه من البائع لو کان موجودا أو مثله أو قیمته لو کان تالفا

فعلی هذا یکون کلّ من المتبایعین ضامنا لما انتقل عنه قبل القبض و ضامنا لما انتقل إلیه بعد القبض و ضمانه بعده ضمان الید فإذا کانت یده ید ضمان یجب علیه ردّ قیمه العین بجمیع أوصافها الّتی تتفاوت بها مالیّه المال و لو کانت مثل وصف الکمال

و علی هذا فلا فرق فی النقص الحاصل فی مال الفاسخ بین أن یکون من جهه إجاره الطّرف أو غیرها فإنّ إجارته و إن کانت صحیحه بناء علی عدم تعلّق حق الخیار بالعین فی غیر المشروط بردّ مثل الثّمن إلّا أنّها توجب نقصان فی المال فإنّ مناط مالیّه المال منافعه و المفروض أنّ ضمان النقص علی المفسوخ علیه فیجب علیه تدارک النّقص بتقویم المال غیر مسلوب المنفعه و تقویمه مسلوب المنفعه فی مده الإجاره و أخذ التفاوت

و بالجمله کون المنفعه تابعه للملک لا ینافی ضمان الموجب للنّقص الحاصل بالإجاره نعم لا وجه لأن یکون ضامنا لأجره المثل لأنه قد تصرّف فی ملکه من دون تعلّق حق به و أجره المثل إنّما تصحّ فی التصرّف فی مال الغیر بدون تعیین العوض کما أنّه لا یکون ضامنا لأجره المسمّی و ذلک واضح فالفرق بین التّفاسخ و الفسخ لا یعقل و کون التّفاسخ من الأصل و الفسخ من الحین غیر فارق بعد ما ظهر أنّ المناط فی الضّمان کون یده ید ضمان هذا مضافا إلی أنّه لا وجه للفرق بین التّفاسخ و الفسخ فإن کلّا منهما من الحین و حکمهما حکم الإقاله و الانفساخ

[و إن کان التّغییر بالزیاده]

قوله قدّس سرّه و إن كان التّغيير بالزياده إلى آخره

الزياده قد تكون حكميّه محضه أى ليس لها ما بحذاء خارجى كقصاره الثّوب و قد تكون عينيه محضه كالغرس و قد تكون من كلتا الجهتين كالصّبغ بالنّيل و خياطه الثّوب إذا كان الخيط من الخيّاط ثمّ إنّ الزّياده قد تكون موجبه لزياده قيمه العين و قد لا تكون

أمّا ما لا يوجب زياده القيمه فالحقّ عدم ثبوت شى ء لمحدثها

لأنّه عمل لنفسه فى ماله و لا يمكن أن يكون عمله لنفسه مضمونا على غيره و أمّا ما يوجب الزياده فى القيمه فإذا كانت حكميّه فتاره تكون هذه الزّياده بفعل الغابن و أخرى بفعل من اللّه سبحانه و ما بفعل من اللّه سبحانه قد يكون عمل الغابن معدا له كتعليف الدابّه و سقيها الموجبين للسّمن و قد لا يكون فعلا من الغابن أصلا كما لو صار العبد كاملا بصنع اللّه تبارك و تعالى و معنى كون الزّياده بفعل الغابن أن تكون الزياده أثرا لفعله بحيث كان فعله علّه تامّه لحصول الزياده كقصاره الثوب

ثم إنّ فى المقام مصاديق مشتبهه فى أنّ الأثر مترتّب على الفعل بلا واسطه أو مترتّب عليه مع الواسطه كتعلم العبد فإنّه قد يقال بأنّ التّعليم عله تامّه له و قد يقال بأنّه معد له كالعلف للدابّه فإنه معد للسّمن و كيف كان فلو كانت الزياده بفعل من اللّه من دون مدخليه للغابن فى حدوثها أصلا أو كان فعل الغابن معدّا لها فإذا فسخ المغبون فليس للغابن شى ء بإزائها لأنّها و إن حدثت فى ملكه و كان هو مالكها قبل الفسخ إلّا أن منشأ ملكيّته لها هو التبعيّه للعين فإذا انتقلت العين عنه إلى المغبون تصير تابعه لملك المغبون

و أمّا لو كانت الزياده بفعل من الغابن فيصير شريكا مع المغبون فإنّ كون الزياده أثرا لفعله يوجب أن يملكها العامل و لا ينافى تبعيّه العمل للعين فى الملكيّه ملكيّه الاستقلاليّه عند خروج العين عن ملكه فإنّ هذا العمل له جهتان جهه منسوبه إلى الفاعل من حيث صدوره عنه و جهه منسوبه إلى المحلّ من حيث وقوعه فيه و جهه الوقوع متأخر رتبه عن جهه الصّدور فيلاحظ فى المقام ملكيته من حيث الصّدور فإذا ملكه مستقلا فانتقال العين عنه لا يوجب انتقال هذا الملك منه فلو لم ينتقل يصير شريكا مع المغبون فى الماليّه لا فى العين فيقوم الثوب مثلا مع القصاره و بدونها و يكون التّفاوت بين القيمتين ملكا للغابن

و من هذا البيان ظهر وجه فرق الأساطين فى وجوب تسليم العين الّذى عمل فيها المؤجر عملا و عدم وجوبه بين الموارد فإنّ المورد الّذى له حبس العين هو ما كان العمل ملكا له مستقلا فكأنّ المؤجر يبدّل عمله بالأجره فله حبس عمله حتّى يأخذ ثمنه و لما لم يمكن حبسه إلّا بحبس العين فلا يجب عليه تسليمها و المورد الّذى ليس له الحبس ما لم يكن عمله علّه تامّه لترتّب الأثر كسقى الدابّه و علفها فليس له الأجره إلّا بعد تسليم العين لأنّ المؤجر لا يستحقّ الأجره إلّا بعد العمل

و المفروض أنّ عمله ليس موجبا لأن يملك أثره لعدم كونه علّه لتحقّق الأثر فليس له إلّا أجره العمل هذا كلّه فى الزياده الحكميّه و أمّا الزّياده العينيّه المحضه كالغرس فتنقيح البحث فيه يتوقف على بيان أقسام الغرس إجمالا

فنقول إذا اختلف و تعدّد مالك الأرض و مالك الشّجر فتاره يكون تعدّدهما ابتدائيا و أخرى عارضيّا فالأوّل كما إذا غرس من استعار الأرض أو استأجرها إغاره أو إجاره مطلقه أو لخصوص الغرس أو غرس غاصب فى أرض الغير أو غرس فيها الجاهل بفساد المغارسه المعموله فى بعض البلدان و هى أن يغرس فى أرض الغير بأن يشتركا فى الغرس و الأرض و الثّانى كمن باع الشّجر دون الأرض أو بالعكس أو باع الأرض من زيد و الشجر من عمرو أو باع الأرض من زيد فغرس زيد فيها ثم أخذ الأرض منه بالشّفعه و هذا على أقسام ستّه غير التعدّد بالبيع قسمين منها تعدّد المالك نشأ من جهه الحقّ الثّابت قبل الغرس كحقّ الخيار و حقّ الفسخ و أربعه منها نشأ الحقّ بعد الغرس كالتّفاسخ و الانفساخ و الإقاله و خيار التّفليس

أمّا إذا كان المالك متعدّدا ابتداء فالحقّ فى جميع الصّور أنّ

لمالک الأرض قلع الشّجر من دون أرش علیه لصاحبه أمّا فی مورد الغصب فلأنّه لیس لعرق ظالم حقّ و أمّا فی البیع الفاسد فلأنّ الغارس و إن لم یقدم علی تلف ماله إلّا أنّه مشترک مع الغاصب فی عدم ثبوت حقّ الإبقاء له لأنّ مناط جواز القلع عدم ثبوت حقّ للغارس لا الإثم و الإقدام و منه یظهر جواز القلع فی مورد العاریه و الإجاره و لو للغرس فإنّ بعد انقضاء مدّه الإجاره أو بعد رجوع المعیر لا حقّ للغارس فی بقاء شجره فی أرض الغیر

و أمّا إذا طرأ التعدّد فلا شبهه أنّه لو تعدّد المالک بالبیع فلیس لمالک الأرض القلع و لا الأجره لأنّه ملکها مشغوله بالشجر و الشّجر مناط مالیّته وصف الشّجریّه فیستحق مالکه بقاؤه من دون حقّ علیه لمالک الأرض و من هذا القبیل إرث الزّوجه للمثبتات فإنّها تستحقّ قیمتها بما هی مثبتات و أمّا لو تعدّد بالفسخ أو بالشفعه أو بسائر الأسباب من الانفساخ أو التّفاسخ أو الإقاله أو خیار التّفلیس فقد یقال فی جمیع هذه الأقسام السّته بعدم جواز قلعه لمالک الأرض مطلقا

و قد یقال بجواز قلعه مع الأرش فی جمیع الصّور أو بجوازه بلا أرش و قد یفصل بین الفسخ و الشّفعه و بین سائر الأسباب فیجوز القلع فیهما لا فی غیرهما و منشأ التّفصیل توهّم أنّ الملک فی مورد الشّفعه و الخیار متزلزل و حقّ ذی الخیار و الشّریک متعلّق بالأرض قبل الغرس فیجوز لذی الحقّ قلع الشّجر إذا رجع إلیه الأرض و لکن الحقّ أنّ الملکیه فی جمیع الموارد غیر متزلزل و جواز الرّجوع حکم شرعیّ فالأرض لا یتعلّق بها الحقّ فی جمیع الموارد

و منشأ جواز القلع مطلقا أنّ الفسخ أو الانفساخ و ما بحکمهما یقتضی رجوع العین علی ما هو علیه قبل الغرس و الغرس لو کان موجبا لتلف وصف من الأوصاف حقیقه لکان ضمانه علی من تلف الوصف عنده کما لو صارت العین معینه لا یمکن زوال عیبها و أمّا لو لم یوجب تلف الوصف حقیقه لإمکان قلعه فلا وجه لأن یکون باقیا حتّی یکون علی الغارس أجره المثل

و من هذا البیان ظهر وجه جواز القلع مع الأرش علی القالع أمّا جوازه فلما تقدم و أمّا الأرش فللضّرر الوارد علی مالک الشجر من دون إقدام منه علیه

و بعباره أخری غرسه عمل محترم فلا یمکن إزالته من دون أرش و منشأ عدم جواز القلع مطلقا أنّ الغرس وقع من أهله فی محلّه فالغارس مالک للغرس بوصف الشّجریّه غایه الأمر أنّ غرسه موجب لتفویت منفعه الأرض علی مالکها فله أرش نقص هذه المنفعه الفائته

و بالجمله الغارس استوفی منفعه الأرض ما دام غرسه باقیا فیجب علیه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارک ما استوفاه بأجره المثل أو قیمه النقص و لا یبعد أن یکون هذا القول هو المشهور بین العلماء و لکنّه یرد علیه أنّ هذا التقریب دور واضح لأنّ استحقاق مالک الغرس للبقاء یتوقف علی استیفائه منفعه الأرش حتّی یکون باستیفائه متلفا منفعه الأرض و کونه مستوفیا متوقف علی عدم جواز قلع مالک الأرض و أمّا لو جاز فلم یستوف إلّا قبل زمان الفسخ أو الانفساخ و عدم جوازه یتوقف علی استحقاق مالک الغرس للإبقاء

و بالجمله کما أنّ مالک الشجر مالک له بوصف الشّجریه فکذلک مالک الأرض مالک لجمیع منافعها فتقدیم حقّ أحدهما من

دون مرجّح ممتنع إلّا أن يقال بالفرق بين الفسخ و ما بحكمه و بين الانفساخ و ما بحكمه و بين الانفساخ و ما بحكمه و هو أنّ الملك فى الأوّل و إن كان تاما و الحق لم يتعلّق إلّا بالعقد إلّا أن كونه فى معرض الزّوال يوجب الشكّ فى بقاء احترامه بعد الفسخ فيجب أن يثبت الاحترام

للغرس بعد الفسخ حتى لا يمكن لمالك الأرض قلعه و إثبات احترامه بعده دورى و هذا بخلافه فى الثّانى فلأنه ليس فى معرض الزّوال أصلا إلّا إذا وقع التّفاسخ أو الإقاله على خلاف العاده فيبقى فى ثبوت حقّ الغارس كون ملكه من حيث السّبب و المسبّب تامّا فغرسه محترم لأنّه وقع من أهله فى محلّه فيكون كسائر تصرّفاته مثل إجارته و هبته فإذا كان حين الغرس محترما فيوجب أن يكون القلع ممتنعا شرعا فيصير كالتّلف الخارجى

نعم على الغارس أجره المثل ما دام شجره باقيا و عليه ضمان النّقص فى الملكيه أيضا لو كان الغرس موجبا له و لو مع ثبوت الأجره فإنّها قد لا يتدارك بها النّقص الحاصل فى المبيع فإنّ الأرض المستأجره مدّه مديده لا يرغب فى شرائها و لو أعطى الأجره للمشترى لأنّ نفس كون الأرض فى يد المالك بحيث يتصرّف فيها ما يشاء ماليّه لا تتدارك بأجره الأرض و عدم تعرّض الأساطين لأرش النقص و ذكر أجره المثل وحدها إنّما هو لإيكال الأمر إلى محلّه و هو ضمان الصّفات الّتى بها تتفاوت الماليّه

و بالجمله و لو قلنا باستحقاق مالك الغرس للإبقاء إلّا أنّه مع ذلك يجب عليه أجره المثل فى ما بعد الانفساخ لأنّ عدم جواز القلع لمالك الأرض تكليفى لا ينافى ثبوت الأجره له كما فى جواز أكل مال النّاس فى المخمصه فإنه لا ينافى الضّمان فالضّمان يجتمع مع حقّ البقاء

ثم إنّه قد ظهر أنّ وجه ثبوت حق البقاء له هو حرمه المال لا الضّرر الوارد عليه لأنّ الضّرر عليه معارض بضرر المالك و لا يقاس بالضّرر الوارد على الجار من جهه تصرف صاحب الدّار فى أنّ ضرر صاحب الدّار لا يرتفع بقاعده لا ضرر لأنّ الضّرر عليه نشأ من قاعده لا ضرر فى حق الجار فقصر السّلطنه النّاشئه عن لا ضرر إذا كان ضرريّا لا يرتفع بلا ضرر لأنّ الموضوع المتولّد من الحكم على موضوع لا يشمله هذا الحكم و هذا بخلاف المقام فإن كلّ واحد من ضرر مالك الأرض و ضرر صاحب الغرس فى عرض واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما مرفوعا بلا ضرر دون الآخر

ثمّ إنّه بناء على أن يكون جواز القلع دائرا مدار الضّرر فوجه فتوى المشهور بأنّ الزّرع ليس حكمه حكم الشّجر فى جواز قلعه لمالك الأرض ظاهر لا لما قيل من أنّ للزّرع أمدا ينتظر فإنّ مجرّد ذلك لا يوجب الفرق بل لأنّ بقاء الزّرع إلى زمان الحصاد ليس ضررا على مالك الأرض فإنّ الأرض معدّه فى طبعها للزّراعه و استيفاء منفعتها فإذا أمكن استيفاؤها بأخذ الأجره من مالك الزّرع لم يتوجّه ضرر على مالك الأرض حتّى يتعارض الضّرران و هذا بخلاف بقاء الأرض مشغوله بالشجر مدّه مديده فإنّه ضرر على مالكها و لو استوفى أجره الأرض و لذا لو أعطى غاصب الدّار أجرتها أزيد ممّا يعطيه غيره لكان نفس عدم تسلّط المالك على داره ضررا عليه

و بالجمله فرق بين الزّرع و الغرس فى ورود الضّرر على مالك الأرض نعم غرس شجر التوت لدود القز حكمه حكم الزّرع فالأولى التّفصيل بين موارد الغرس ثمّ إنّه لا يبعد أن يكون وجه التّفصيل بين الغرس و الزّرع من أنّ للزّرع أمدا ينتظر راجعا إلى ما ذكرناه من الفرق بينهما فى الضّرر و عدمه

[و لو كان التّغيير بالامتزاج]

قوله قدّس سرّه و لو كان التّغيير بالامتزاج إلى آخره

لا يخفى أنّ المزج قد يكون اتّفاقيا و قد يكون بفعل شخص فإذا كان اتّفاقيا فلا ضمان على من كان المال عنده و إن أوجب النقص لو لم تكن يده يد ضمان و أمّا إذا كانت يده يد الضّمان فحكمه المزج عمدا

و أمّا لو كان بفعل شخص فالنّقص عليه لو كانت يده يد الضّمان

كالغاصب و من بحكمه كما فى مورد المعامله الفاسده أو المعامله الصّحيحه بعد القبض لما تقدّم سابقا أنّ كلّ نقص حصل فى يد من عليه الخيار و من بحكمه ممّن يكون ضامنا للمقبوض فضمانه على ذى اليد

ثم إنّ المزج إمّا أن يكون بغير الجنس أو بالجنس و الممزوج بغير الجنس قد يعد تالفا عرفا كمزج ماء الورد بالنّفط و حكمه هو الرّجوع إلى المثل أو القيمه و قد لا يكون تالفا و هو على أقسام لأنّه إمّا يوجب المزج انقلاب المالين إلى حقيقه أخرى أى به تتبدّل الصّوره النوعيّه للممتزجين إلى صوره أخرى كما فى مزج أجزاء التّرياق الفاروق و مزج الخلّ بالأجنبين على قول و إمّا لا يوجب الانقلاب و هو على قسمين قسم يرتفع الامتياز بينهما كمزج الخلّ بالدّبس و قسم لا يرتفع الامتياز إلّا أنّه يتعذّر أو يتعسّر الإفراز بينهما كمزج الحنطه بالشّعير

و حكم الصّوره الأولى هو الاشتراك فى الماليّه كما هو مقتضى القاعده فى كلّ مال اختلط مع الآخر اختلاطا يرفع التّمييز لأنّ الخصوصيه العينيّه الشخصيّه لكلّ من المالين إذا ارتفعت لا يمكن أن يتعلّق بهما حكم تكليفا كان أو وضعا فيتعلّق الوضع بأصل الماليه فيشتركان فى العين بحسب الماليّه أى يقوم الخلّ منفردا و الأنجبين منفردا و يؤخذ لكلّ من المالكين قيمه الممزوج بالنسبه من نفس العين فإذا كان قيمه منّ من الأنجبين دينارا و قيمه منّين من الخلّ دينارا أو اختلطا و صارت القيمه ثلاثه دنانير فليس الاشتراك هنا أولا فى العين بأن يأخذ صاحب الأنجبين منّا من المخلوط و صاحب الخلّ منّين لأنّ بالخلط تصير قيمه الأنجبين ناقصه و قيمه الخلّ زائده فلا بدّ من أن يشتركا فى الماليّه بأن يأخذ صاحب الأنجبين منّا و نصفا و صاحب الخلّ أيضا كذلك لأنّ هذا نسبه قيمه مالهما إلى المجموع و لا يتوقّف التّقسيم و الإفراز هنا على البيع كما فى قصاره الثّوب لأنّه لا يمكن فيها تقسيم الثوب

و أمّا حكم الصوره الثّانيه و الثّالثه فسيجى ء و على أىّ حال المزج فى الصّور الثّلاث لا يوجب سقوط حقّ الخيار و لا الرّجوع إلى المثل أو القيمه نعم لو كان الخيار متوقّفا على بقاء العين بعينها سقط من هذه الجهه كخيار التّفليس و العيب كما أنّه لو كان الجواز الحكمى أيضا متوقّفا على البقاء كما فى الهبه لا يجوز الرّجوع عند الخلط

و أمّا لو امتزج بالجنس ففى صوره تساوى الجنسين لا شبهه فى الاشتراك فى المقدار إنّما الكلام فى المزج بغير الجنس فى الصّورتين الأخيرتين و المزج بالجنس فى صوره الخلط بالأردإ و الأجود و تنقيح البحث فى جميع صور الامتزاج يتوقّف على بيان أمرين الأوّل أنّ الامتزاج فى المائعات يوجب الاشتراك بمقتضى القاعده الأوّليه لما عرفت من أنّ التّالف لا يتعلّق به تكليف أو وضع سواء حصل التّلف قهرا أو بالاختيار عدوانا أو بحقّ و المفروض أنّ الامتزاج موجب لتلف الخصوصيّه الشّخصيّه من كلّ مال فى جميع الصّور فكما لا يمكن أن يتعلّق تكليف بإفراز المالين فكذلك الوضع فمع تلف الشخصيّه لا يمكن أن يكون مالك المال قبل الامتزاج مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج فيوجب التّلف الإشاعه قهرا عكس القسمه

الثّانى أنّ للاشتراك مراتب ثلاثه لا تصل النوبه إلى المرتبه اللّاحقه إلّا بعد تعذّر السّابقه الأولى الاشتراك فى الممتزج بنسبه المالين فى المقدار لأنّه لو أمكن أخذ كلّ مالك من عين الممزوج بمقدار حقّه قبل المزج فهو المتعيّن و هذا فى مزج الجنس بالجنس مع تساويهما فى الصّفات واضح فإنّ الفائت ليس إلّا الخصوصيّه الشخصيّه دون

أصل المال و وصفه و ماليّته فيأخذ كلّ منهما بمقدار حقّه من العين

الثّانيه الشّركه فى العين بمقدار الماليه لا بمقدار الوزن و هذا كما فى مزج الخلّ بالعسل لأنّ الفائت هنا شيئان خصوصيّه المالين و تلف الصّوره و لو عرفا فإن الخلّ لم يبق بصورته الأولى و لا العسل فهما شريكان فى قيمه الممزوج و لكن من نفس الممتزج فإنّه لا وجه لشركتهما فى الثّمن مع أنّ مادّه مالهما موجوده

الثّالثه الشركه فى الثّمن كما فى قصاره الثّوب و صبغه فإنّه لا يمكن الاشتراك فى الثّوب فيباع و يقسّم الثمن بمقدار المال و العمل أو بمقدار المالين و العمل إذا عرفت ذلك ظهر أنّ الحقّ فى المزج بالجنس مطلقا هو الشّركه فى المقدار نعم لو امتزجه الغابن أو الغاصب بالأردإ فعليه أرش النّقص و لا وجه للشّركه فى الماليّه لأنّه إذا أمكن الشّركه فى المقدار لا تصلّ النّوبه إلى الشّركه فى القيمه فإنّ امتزاج الحنطه الجيّده بالرديئه لا يوجب إلّا فوت الخصوصيّه الشّخصيّه و تلف وصف الجوده أمّا فوت الخصوصيّه فيوجب الشّركه و أمّا تلف الجوده فيوجب استحقاق الأرش فلا وجه لأن يقوم المجموع و يأخذ كلّ منهما منه بمقدار قيمه ماله مع إمكان أخذ مقدار المال مع الأرش و ليس مزج الجيّد بالردى ء كمزج العسل بالخلّ فى تلف الصّوره حتّى يقاس عليه فإنّ الصّوره باقيه هنا عرفا

و أمّا لو امتزجه بالأجود فلا شى ء له أمّا الغاصب فظاهر و أمّا الغابن فلأنّه لم يعمل عملا حتّى يشترك فى الثّمن و ليس على أحد ضمان جوده ماله فلا شى ء له و زياده صفه فى مال المغبون رزق رزقه اللّه تعالى ثمّ لا يخفى ما فى عباره المصنف من اختصاص إشكال الرّبا فى الخلط بالأجود مع أنّه لو لزم الرّبا للزم فى الصّورتين لأنّه لا فرق بين أن يأخذ الغابن أزيد من مقدار ماله أو المغبون و لكنّه لا يلزم فى المقام من أصله و إنّه يجرى فى المعاوضات و توابعها و فى الضّمانات و فى المقام إذا اقتضى مزج المالين ذهاب المقدار كما فى تبدّل الصّوره بصوره أخرى تصير العين مشتركه بينهما بحسب الماليّه و هذا ليس تبديلا حتّى يلزم الرّبا

[بقى الكلام فى حكم تلف المعوضين]

قوله قدّس سرّه بقى الكلام فى حكم تلف المعوضين إلى آخره

لا يخفى أنّه ينبغى أن يذكر حكم التّلف فى أحكام الخيار و إنّما ذكره فى المقام لمزيد اختصاص به و هو أنّه قد ادّعى الشّهره بل الإجماع على أنّ تصرّف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن مسقط لخياره فقد يتوهّم أنّه لو كان التصرّف مسقطا لكان التّلف أولى فذكروا حكم التّلف فى المقام لدفع هذا التوهّم و هو أنّه لو قلنا بسقوط الخيار بالتصرّف فلا يلزمنا القول بسقوطه بالتّلف إلّا أن يكون ما علل به فى التّذكره للسّقوط بالتصرّف و هو عدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك هو بنفسه موردا للإجماع أو يكون مفاد دليل معتبر و المفروض أنّه لا هذا و لا ذلك فلا وجه للسّقوط بالتّلف مع أنّه قد عرفت أنّ أصل سقوطه بالتصرّف ليس إجماعيا

ثم إنّه لا يخفى عـدم الفرق بين تلف مال من عليه الخيار و تلف مال من له الخيار فإنّ حكم التّلف فى جميع الصّور واحـد سواء تلف مال الغابن أو المغبون كان قبل الفسـخ أو بعـده فلا وجه للبحث فيما وصل إلى كلّ منهما مسـتقلا نعم فى خصوص الفسـخ قبل التّلف فرّق العلّامه فيما وصل إلى من عليه الخيار و من له الخيار فقال لو فسـخ ذو الخيار و تلف ما وصل إلى من عليه الخيار ليس عليه ضمان فإنّ العين فى يده أمانه و أمّا لو تلف ما وصل إلى من له الخيار بعد الفسخ فيده يد ضمان

و لكن أورد عليه شرّاح هذه العباره و قالوا بعدم الفرق بين الصّورتين و أنّ يد كلّ منهما يد ضمان و مجرّد كون الفسخ ناشئا من قبل

من له الخيار لا يوجب أن يكون يد من عليه الخيار يد أمانه فإذا لم يكن فرق بين الصّور أصلا فنقول فى محلّ البحث و هو التّلف قبل الفسخ أنّ التّلف إمّا أن يكون بآفه سماويّه أو بالإتلاف و المتلف إمّا من كان المال بيده أو طرفه أو الأجنبى فإذا كان التّلف بآفه أو بإتلاف من كان المال بيده فبالفسخ ينحلّ العقد و يرجع كلّ من المالين إلى صاحبه فلو كان الثّمن موجودا عند البائع الغابن و تلف المبيع عند المشترى المغبون بآفه أو بإتلافه يرجع المغبون إلى عين ثمنه و يضمن قيمه التّالف للبائع

ثمّ إنّ المدار فى القيمه هل على قيمه يوم التّلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء أو أعلى القيم وجوه و الأقوى هو الثّالث لأن منشأ القول بأعلى القيم فى غير المورد هو أن تفاوت القيمه السّوقيّه كتلف الأوصاف مضمون على القابض و فى المقام نفس الأوصاف الحاصله بين القبض و الفسخ ليس ضمانها على الفاسخ فضلا عن ارتفاع القيمه فإنّ سمن الدابّه المهزوله حين العقد غير مضمون على الفاسخ فإنّ ما اخترناه من ضمان الأوصاف هو الأوصاف الموجوده حال العقد التالفه حين الفسخ لا كلّ صفه تالفه و لو لم تكن موجوده حال العقد فيدور الأمر بين الأقوال الثّلاثه و القول بيوم القبض فى غير هذا المورد ينطبق على القول بيوم الفسخ فى المقام لأنّه يوم يصير المال فى عهده من كان مالكا له قبل الفسخ و حيث قلنا فى باب الغصب و العقد الفاسد أنّ صحيحه أبى ولاد لا تدلّ على اعتبار يوم الغصب و لا تقتضى القواعد العامّه أيضا الانتقال إلى القيمه يوم الغصب فالقول بيوم الفسخ لا وجه له لأنه و إن كان يوم ردّ كلّ مال إلى صاحبه إلّا أنّ المال لما صار بسبب القبض مضمونا بضمان اليد فمقتضى الضّمان أنّه لو طرأ الفسخ و كان المال تالفا يجب ردّه بماليّته و أمّا ردّ قيمته يوم الفسخ فلا دليل عليه فيدور الأمر بين يوم التّلف أو يوم الأداء و منشأ الوجهين هو ما تقدم فى ضمان اليد من أنّ التّلف هل يقتضى أن تتقدر ماليّه المال فى ذاک اليوم أو لا يقتضى ذلک بل يبقى ماليّته فى ذمه المتلف أو من تلف عنده إلى يوم الأداء و المختار هو الأخير

و كيف كان فلا يحتمل الضّمان فى الفسخ بعد التّلف إلّا قيمه يوم التّلف أو يوم الأداء لا سائر الاحتمالات ثم لا يخفى أنه لو قيل بأنّ المدار على قيمه يوم التّلف فلا وجه لصحّه المصالحه على العين التّالفه لأنّه لو لم يكن للعين اعتبار البقاء و لو بحسب الماليّه فلا يصحّ الصّلح إلّا على قيمتها فلو صحّ على نفس العين يجب أن يكون المدار على يوم الأداء فالجمع بين جواز الصّلح و القول بيوم التّلف غير ممكن كما أنّه لو قيل بأن المدار على يوم التّلف فينبغى عدم الفرق بين الانفساخ و الفسخ

فما يظهر من الدّروس و من تبعه من أنّه لو اشترى عينا بعين فقبض إحداهما دون الأخرى فباع المقبوض ثم تلف غير المقبوض أنّ البيع الأوّل ينفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض دون الثّانى فيغرم البائع الثّانى قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض لا وجه له لأنّ غرامه البائع الثّانى الّذى هو المشترى قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض ينطبق على القول بأنّ المدار على يوم الفسخ و إلّا لكان على البائع الثّانى قيمه يوم البيع الصّادر منه مع المشترى الثّانى فإنّه يوم تلف المبيع

و بالجمله قد ذكرنا مرارا أن مقتضى الضّمان المعاوضى كون البائع ضامنا للمبيع و المشترى للثّمن قبل القبض فإذا تلف أحدهما حينئذ يرجع الباقى إلى مالكه الأوّل لانفساخ المعامله بسبب التّلف قبل القبض

ثمّ إذا وقع التّقابض يتبدّل ضمان البائع للمبيع بضمانه للثّمن و ضمان المشترى للثمن بضمانه للمبيع

و ينتقل الضمان المعاوضى بضمان اليد أى إذا تلف المبيع مثلا ثمّ طرأ الفسخ أو الانفساخ أو الإقاله يردّ المشترى إلى البائع قيمه المبيع و يأخذ ثمنه الّذى كان بدلا عن المبيع و إذا تلف كلّ منهما فيأخذ كلّ منهما قيمه ماله الّذى انتقل إلى الآخر ففى هذا المال حيث تلف المبيع أولا لانتقاله إلى الغير ثم طرأ الانفساخ من جهه تلف الثمن الغير المقبوض فالانفساخ يقتضى رجوع كلّ مال إلى صاحبه الأصلى و إذا كان كلّ منهما تالفا أحدهما قبل القبض و الآخر بعده فالقاعده تقتضى فى تلف المقبوض الرّجوع إلى قيمه يوم التّلف بناء على ما اختاروه و يوم تلف المبيع هو قبل الانفساخ أى يوم البيع و فى تلف الثّمن حيث إنّه قبل القبض يقتضى رجوع المبيع إلى مالكه الأصلى و لمّا لم يمكن الرّجوع بعينه فيرجع بماليّته إمّا متقدّره أو غير متقدّره و لا وجه لرجوع قيمته يوم الانفساخ و الفرق بين الفسخ و الانفساخ لا وجه له

هذا كلّه حكم التّلف أو الإتلاف من المنتقل إليه و ظهر أنه لا فرق بين تلف ما عند الغابن أو المغبون فحكم تلف ما عند الغابن بتلف سماوىّ أو بإتلافه حكم التّلف عند المغبون

بقى الكلام فى إتلاف كل واحد ما عند الآخر و إتلاف الأجنبى فلو أتلف الغابن ما عند المغبون فلو لم يفسخ يأخذ قيمه ماله يوم الإتلاف و إذا فسخ يأخذ ثمنه ثم يردّ عليه قيمه التّالف يوم التّلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء و يأخذ منه قيمه التّالف يوم الإتلاف بناء على أن الإتلاف يقتضى اشتغال ذمّه المتلف بقيمه ذلك اليوم فقد يختلف القيمه الّتى يردّها و الّتى يأخذها و لو أتلف المغبون ما عند الغابن ثمّ فسخ يأخذ المغبون قيمه ماله على أحد الوجوه المتقدّمه و لكن يأخذ الغابن من المغبون قيمه يوم الإتلاف زادت على القيمه الّتى قيل بها فى التّلف أو نقصت

و بالجمله كلّ مورد وقع تلف أو إتلاف فى أحد العوضين دون الآخر فالباقى يردّ إلى صاحبه الأصلى بالفسخ أو الانفساخ و إنّما الكلام فى التّالف فى أنّه يؤخذ قيمته يوم التّلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء فإذا قلنا بأنّ الإتلاف يقتضى قيمه التالف يوم الإتلاف و الفسخ يقتضى قيمه التالف يوم الفسخ أو الأداء فإذا كان قيمه يوم الإتلاف مغايرا لقيمه يوم الفسخ أو الأداء يختلف ما يأخذه الفاسخ مع ما يأخذه المفسوخ عليه و أمّا لو كان موافقا فيصير تهاترا قهريا

و لو أتلف الأجنبىّ فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمه التالف يتعيّن رجوع الفاسخ إلى المفسوخ عليه و كذا العكس و أمّا لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعيّن على كلّ منهما الرّجوع إلى طرفه بل يتخيّر بين الرّجوع إلى الطّرف و الرّجوع إلى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التّعاقب

نعم بناء على الاعتبار بيوم الفسخ يتعيّن الرّجوع إلى الطّرف لأنّ المال و إن كان فى ذمّه المتلف أيضا إلّا أنّه قد أتلف ما ليس للفاسخ قبل الفسخ فهو ضامن لمالكه الفعلى و المالك الأصلى يطلب مصداق ماليّته يوم الفسخ و من يشتغل ذمّته بمصداق هذا اليوم هو الطّرف لا المتلف فإنّه إنّما يضمن لعين المال أو قيمته يوم التّلف أو يوم الأداء

و على أىّ حال لا وجه لتعيّن الرّجوع إلى المتلف حتى بناء على اشتغال ذمّته بالغبن أو بماليّتها الغير المتقدّره لأنّ المال و إن كان قبل الفسخ ملكا لمن انتقل إليه و بعد الفسخ ملكا لمن انتقل عنه إلّا أنّ مقتضى ضمان الطّرف جواز رجوع من انتقل عنه

التّالف إلى الطّرف أيضا كما فى تعاقب الأيدى ثم إنّه لا يخفى أنّ الإبراء بمنزله القبض كما فى إبراء الزّوجه قبل الدّخول مهرها فلو أتلف الغابن مثلا

مال المغبون فأبرأه المغبون ثمّ فسخ بأخذ ثمنه من الغابن و يرد عليه قيمه ما أبرأه من دون أخذ قيمه التّالف و ذلک واضح

[مسأله الظّاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليّه]

قوله قدّس سرّه الظّاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليّه إلى آخره

لا يخفى أنّه لو كان مدرک ثبوت خيار الغبن هو الإجماع لكان اللّازم هو الاقتصار على مورده و أمّا لو كان هو الشّرط الضّمنى أو نفى الضّرر فيجرى فى كلّ معاوضه كان بناؤها نوعا على الدقّه و عدم المغابنه و لمّا اخترنا أنّ مدركه الشّرط الضّمنى فيتعدّى إلى المعاوضات الّتى مبناها على الدقّه فينبغى بيان بناء المعاوضات طرّا فنقول منها ما يقتضى البناء النّوعى فيه على تساوى المالين و هو البيع و الإجازه و الصّلح القائم مقامهما كصلح ما فى ذمّه شخص بعوض معيّن

و منها عكس ذلک كالصّلح الواقع فى مقام رفع الخصومه و كالصّلح الواقع فى مقام إبراء ما فى ذمّه المصالح له فإن بناء هذين العقدين نوعا على التّسالم و التّجاوز عن الحقّ كائنا ما كان

و منها ما لا يقتضى هذا و لا ذاک فيتّبع اشتراط شخص العاقد فى شخص المعامله كالجعاله و نحوها فلو كانت المعاوضه من القسم الأوّل يجرى فيها خيار الغبن إلّا إذا بنى أحد المتعاقدين أو كلاهما على المعاوضه بالغا ما بلغ فإنّ مع الإقدام يسقط شرط التّساوى و يقدم البناء الشّخصى على النّوعى و لو كانت من القسم الثّانى لا يجرى فيها لأنّه لا اشتراط و لا فى رفعه منّه بل يمكن أن يقال ليس الصّلح فى مقام رفع الخصومه و لا فى مقام الإبراء من المعاوضات و لذا لا يعتبر فيهما ثبوت حقّ أصلا و لو كانت من القسم الثّالث فيدور ثبوت الخيار فيه مدار الاشتراط و يتبع حكم كلّ معامله شخص تلک المعامله فظهر ممّا ذكرنا أنّ التّفصيل الّذى ذكره عن بعض هو الحقّ فإنّه لو لم يكن الخصوص معاوضه بناء نوعى يدور ثبوت الخيار فيه مدار الشّرط و مع البناء على التّسامح لا يجرى الخيار بل قد عرفت أنّ البناء الشّخصى مقدّم على البناء النّوعى

[مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

قوله قدّس سرّه مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا الاختلاف يجرى فى كلّ عقد خياريّ لم يكن لمدّه الخيار تحديد من الشّرع كخيار الرّؤيه و العيب و نحو ذلک و منشأ القول بالفوريّه هو الرّجوع فى زمان الشّکّ إلى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بالتّراخى إلى الاستصحاب و المصنف قدّس سرّه قد ناقش فى كليهما أمّا الاستصحاب فللشکّ فى موضوعه و لا يرد عليه أنّ الموضوع فى باب الاستصحاب يؤخذ من العرف فلا وجه للشکّ فيه لأنّ ما يرجع فيه إلى العرف هو حيثيّه بقاء المستصحب لا حيثيّه ثبوته بمعنى أنّه لو أحرز للموضوع أوّلا ثمّ شکّ فى ارتفاع الحكم عنه لاحتمال مدخليّه القيد الزّائل فى عليّه ثبوت الحكم مع حكم العرف باتّحاد الموضوع فى زمان الشکّ مع الموضوع فى زمان المتيقّن لعده التبدّلات من حالات الموضوع لا من قيوده يجرى الاستصحاب و أمّا لو لم يحرز الموضوع أوّلا

بل ثبت الحكم فى العنب مثلا و شكّ فى مدخليّه العنبيّه فى موضوع الحكم فلا يمكن إجراء الحكم فى الزّبيب

و بالجمله إذا أحرز بمناسبه الحكم و الموضوع أنّ الموضوع هو ذات الشّى ء و شكّ فى عليّه الوصف للحكم حدوثا أو حدوثا و بقاء فهنا محلّ الاستصحاب و أمّا لو لم يحرز أنّ الموضوع ذات الشّى ء أو أحرز عدمه و أنّ الوصف هو تمام الموضوع كالفقر لاستحقاق الزّكاه فلا يمكن إجراء الاستصحاب

و ممّا ذكرنا ظهر ما فى كلام الرّياض قدّس سرّه من التّفصيل بين ما إذا كان مدرك الخيار هو الإجماع فيجرى الاستصحاب و ما كان مدركه قاعده الضّرر فلا يجرى و ذلك لأنّه لو سلّم اتّحاد الموضوع

فی القضیّه المتیقّنه و المشکوکه یجری الاستصحاب سواء کان دلیل المستصحب الإجماع أو قاعده الضّرر لأنّ فائده الاستصحاب إجراء الحکم الثّابت سابقا السّاکت عن زمان الشّکّ فی مورد الشّکّ و لو ناقش فی الموضوع لا یجری الاستصحاب کان دلیل المستصحب هو الإجماع أو قاعده الضّرر

فالأولی أن یقال إنّ الموضوع فی المقام غیر محرز لا لما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الموضوع هو من لم یتمکن من تدارک ضرره بالفسخ بل لوجه أمتن و أدقّ و هو أنّه فرق بین أن یدلّ دلیل علی أنّ الخیار ثابت التضرّر و بین أنّ ینفی اللّزوم لحکومه لا ضرر علی الحکم الّذی ینشأ منه الضّرر فلو کان من قبیل الأوّل یمکن أن یقال إنّ الموضوع هو الشّخص المتضرّر لا الوصف العنوانی و الشّخص باق کما فی الخیار الثّابت للمبیع و لصاحب الحیوان و لذا یستصحب و أمّا لو کان من قبیل الثّانی فلا معنی للاستصحاب لعدم تحقّق أرکانه أصلا لأنّه لم یثبت الخیار لشخص المغبون حتّی یستصحب الخیار له بل إنّما دلّ لا ضرر علی أنّ الحکم الضّرری منفی ففی مورد لم یکن الحکم ضرریّا فلا حکومه فالقضیّه المتیقّنه غیر المشکوکه بأسرها موضوعا و محمولا و نسبه لأنّ من یتمکّن من إعمال الخیار و لو آنا ما فاللّزوم لیس ضرریّا علیه أصلا هذا کلّه فی التّمسّک بالاستصحاب

و أمّا الرّجوع إلی العموم فی زمان الشّکّ فتنقیح ما فیه یتوقّف علی ترتیب أمور الأوّل أنّ الزّمان بحسب طبعه الأصلی ظرف للأمر الواقع فیه و کونه قیدا له یحتاج إلی عنایه و مئونه زائده و منشأ جریان الاستصحاب فی الزّمانیات هو کون الزّمان ظرفا و إلّا یکون من إسراء الحکم من موضوع إلی موضوع آخر الثّانی أنّ الزّمان قد یکون ظرفا لمتعلّق الحکم و قد یکون ظرفا لنفس الحکم له قد یقع الزّمان تحت دائره الحکم و یرد الحکم علی الزّمان کما یرد علی الأفراد کما إذا کان إکرام کلّ عالم فی کلّ زمان واجبا و قد یقع الحکم تحت الزّمان و یرد الزّمان علی الحکم فیکون الزّمان ظرفا لوجوب الإکرام الثّالث أنّه لو کان الزّمان ظرفا للمتعلّق یمکن استفاده العموم الزّمانی من الدّلیل الدّال علی وجوب المتعلّق

و أمّا لو کان الزّمان ظرفا للحکم فلا یمکن استفادته من نفس دلیل الحکم لأنّ الحکم لا یمکن أن یتعرّض لبقاء نفسه فلا بدّ فی ثبوته من التّمسک بدلیل الحکمه أو دلیل آخر کقوله ع حلال محمّد صلّی اللّه علیه و آله حلال إلی یوم القیامه و حرامه حرام إلی یوم القیامه الرّابع أنّ ما ذکرناه فی الأمر الأوّل من أنّ الزّمان بمقتضی طبعه الأولی یکون ظرفا و کونه قیدا یحتاج إلی مئونه زائده إنّما هو بالنّسبه إلی الحکم الثّابت فی الأزمنه المتعدّده المتکثّره فإنّ الحکم الثّابت فی زمان إذا کان الزّمان قیدا له لا یمکن استصحابه فی زمان آخر

و أمّا متعلّق الحکم فلا یجری فیه هذان اللّحاظان لأنه أمر وحدانیّ فی جمیع الأزمنه و لا یمکن فیه التکثّر بلحاظ الأزمنه لأنّ المتعلّق فی زمان بنظر العرف عین المتعلّق فی زمان آخر فإذا وجب الجلوس من الزّوال إلی الغروب فی کلّ آن و شکّ فی آن أنّه من بعد الغروب أو من قبله لا یمکن استصحاب الحکم و أمّا لو شکّ فی بقاء الجلوس و ارتفاعه أو شکّ فی أنّه جلوس نهاری أو لیلی فلا مانع من استصحابه

الخامس أنّ العموم علی قسمین مجموعیّ و استغراقی و المراد من المجموعیّ ما کان الحکم الوارد علی الأفراد المتعدّده و

الأزمنه المتكثّره ملحوظا على وجه الارتباطيّه بين الأفراد أو الأزمان فيكون كلّ فرد أو كلّ زمان جزءا من الكلّ و المراد من الاستغراقى ما كان كلّ فرد جزئيا و لا فرق بين الزّمان

و غيره فى صحّه انقسامهما إلى المجموعى و الاستغراقى و صحّه تخصيص كلّ منهما و أنّ التّخصيص لا يضرّ بالمجموعيّه كما لاـ يضرّ بالاستغراقيّه لأنه كما يوجب خروج فرد من الاستغراقى كذلك يوجب خروج جزء من المجموعىّ و كما أنّه إذا خرج فرد عن العموم الاستغراقى يجب امتثال الحكم فى سائر الأفراد فكذلك إذا خرج جزء عن المركب يقع الارتباطيّه فى باقى الأجزاء

ثم إنّه كما إذا شكّ فى التّخصيص فى الاستغراقى يتمسّک بالعموم فكذلك إذا شكّ فى خروج بعض الأجزاء من المجموعى يتمسّک بالعموم و كيف كان فلا يخفى أنّه ليس الارتباطى غير المجموعى و لا ينقسم العموم إلى زيد من القسمين

إذا عرفت ذلك ظهر أنّه لو كان الزّمان ظرفا للمتعلّق لكان استفاده العموم الزّمانى من الدّليل الدالّ على وجوب المتعلّق فى مقام اللّفظ بمكان من الإمكان فيصحّ أن يقال أكرم العلماء دائما أو فى كلّ زمان أو مستمرّا و غير ذلک من الألفاظ و أمّا إذا لم يكن ظرفا للمتعلّق فلا يمكن استفاده العموم و استمرار الحكم إلّا من دليل خارجىّ من حكمه و غيرها و هذا لا إشكال فيه إنّما الكلام فى تمييز الموارد التى يكون الزمان ظرفا للحكم عن غيرها فنقول جميع الأحكام الوضعيّه لا بدّ من أن يكون الزّمان فيها ظرفا للحكم كقوله هذا نجس و هذا طاهر و هذا ملك زيد و العقد لازم و هكذا لعدم ثبوت متعلّق فيها حتى يردّد بين كون الزّمان ظرفا له أو للحكم بل هناک حكم و موضوع فيجب أن يكون الزّمان ظرفا للحكم

فإن قلت هذا لو قيل بتأصليّه الأحكام الوضعيّه و أمّا لو قيل بانتزاعيّتها من الأحكام التكليفيّه فلا محاله كلّ حكم تكليفىّ له متعلّق فيمكن أن يكون الزّمان ظرفا له لا للحكم

قلت أولاـ أنّه لا يمكن أن يكون مثل النّجاسه و الطّهاره و لزوم العقد و الملكيّه و الزّوجيّه و أمثال هذه الوضعيات منتزعه لعدم صحّه انتزاع النّجاسه المترتّبه عليها آثار مختلفه كحرمه شربها و فساد بيعها و عدم جواز الصّلاه معها من حكم تكليفىّ يكون منشأ لانتزاع هذه الأحكام و الآثار لأنّ قوله اجتنب عنه أو لا تشربه أو غيرهما لا يشمل جميع الآثار الوضعيّه و ثانيا أنّ الحكم التّكليفى المنتزع عنه لزوم العقد ک أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ليس له متعلّق صادر عن المكلّف خارجا لأنّ الوفاء ليس من أفعال المكلّف حتّى يمكن أن يكون دائميّا بلحاظ كل آن من الآنات و حرمه تصرّف كلّ عاقد فيما انتقل عنه ليس من آثار الوفاء و لكون التصرّف نقضا له بل من جهه أن ما انتقل عنه صار مال الغير فيكون تصرّفا غصبيّا فهذا الحكم التّكليفى لا محاله يرجع إلى أنّ العقد لازم و لا ينتقض و ليس أوف بالعقد كأوف بالنّذر حتى يكون وجوب الوفاء به هو العمل به كالعمل بالنّذر و إلّا وجب العمل بالعقد بأن يتصرّف فى ما انتقل إليه و ثالثا أنّ الحكم التّكليفى المجعول لا بدّ من أن يكون مناسبا للحكم الوضعىّ لأنّ المقصود بالأصاله إذا كان تشريع الوضعىّ و لم يمكن جعله إلّا بجعل منشإ انتزاعه فيجب أن يجعل منشأ الانتزاع على نحو ينتزع عنه الحكم الوضعىّ فإذا قيل يجب الوفاء بالعقد فلا بدّ من إثبات الوجوب فى جميع الآنات و بالنّسبه إلى كلّ طار من الفسخ و غيره و إثبات الوجوب فى جميع الآنات لاـ محاله إمّا بدليل خارجى و إمّا بدليل الحكمه و هو لغويّه وجوبه فى بعض الآنات فبالأخره يرجع الزمان إلى الحكم لا إلى المتعلّق و أمّا إثبات الوفاء بالنّسبه إلى كلّ طار فلا يفيد إلّا أنّ العقد بالفسخ لا ينفسخ لا أنّ الوفاء ثابت دائما

و بالجمله و إن أمكن أخذ الزمان ظرفا للمتعلّق فيقال إنّ الوفاء فى كلّ آن واجب

إلّا أنّه لو لم يؤخذ فى اللّفظ كذلك و علم من الخارج لغويّه تشريع هذا الحكم فى بعض الأزمان يقع الزّمان فوق دائره الحكم لا محاله

و أمّا التكليفيات فالكلام فيها تاره يقع فى النّواهى و أخرى فى الأوامر أمّا النّواهى فيمكن ثبوتا كلا القسمين فيها بأن تكون حرمه الخمر مثلا دائميّه فى جميع الأزمنه أو يكون الشّرب محرّما دائما فإذا كان الزّمان ظرفا للحكم لا يمكن تشريع الاستمرار ثبوتا بتشريع الحكم و لا استفادته إثباتا من دليل الحكم لأنّ الحكم بمنزله الموضوع للدّوام و الاستمرار فلا بدّ من تشريعه أولا ثم جعله دائميّا و هكذا فى مقام الإثبات لا بدّ من استفاده الاستمرار من غير دليل الحكم كدليل الحكمه و نحوه و إذا كان ظرفا للمتعلّق فيمكن تشريعه ثبوتا بتشريع الحكم و استفادته إثباتا منه و تقدّم أنّ اعتبار ثبوت المتعلّق فى جميع الآنات لا يختصّ بلفظ خاصّ فينشأ بمثل أبدا أو دائما أو فى كلّ آن أو يستفاد من دليل التّخصيص كما إذا خرج الشرب فى زمان خاصّ من لا تشرب الخمر فإنّه يستكشف منه أن الشرب فى جميع الآنات كان متعلّقا للحكم

ثم لا يخفى أنّ لفظ الاستمرار و الدّوام و الأبد مثل لفظ كلّ آن فى أنّ الظّاهر من الجميع هو العموم الأصولى أى كلّ آن من الآنات موضوع غير الآن الآخر لا العموم المجموعى فعلى هذا كان الزّمان ظرفا للحكم أو للمتعلّق لو عصى المكلّف فى آن و أطاع فى الآخر كان كلّ آن تابعا لنفسه و لا يرتبط طاعته إن بان آخر فمحلّ النزاع فى المقام هو العموم الزمانىّ الأصولىّ كعموم الأفرادىّ العرضىّ كما أنّ النّزاع أيضا يختصّ بالأحكام الشخصيّه المتعلّقه بالموضوعات الخارجيّه بعد تحقّقها

و أمّا الأحكام الكليّه أى المجعوله على سبيل القضيّه الحقيقيّه و المنشأه على الموضوعات المقدر وجوداتها فالزمان المأخوذ فيها ظرف للحكم و عموم الحكم معناه عدم نسخه فما يقال إن النسخ تخصيص فى الأزمان قول صدر على خلاف الاصطلاح لأنّ عموم الزمان الّذى يرفعه النّسخ إنّما هو للحكم المجعول على كلّ موضوع على فرض وجوده لا للمتعلّق أو الموضوع حتّى يقبل التّخصيص

ثمّ إنّه إذا كان الزمان ظرفا للمتعلّق فخروج بعض أفراد المتعلّق لا يوجب رفع اليد عن غيره ففى مورد الشّكّ يرجع إلى العام لا إلى استصحاب حكم المخصّص و لا يمكن الرّجوع إليه و لو لم يكن هناك عام لأنّه من إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر لما عرفت أنّ محلّ البحث إنّما هو فيما إذا كان كلّ آن من الآنات موضوعا مستقلّا غير الآن الآخر

و أمّا إذا كان الزمان ظرفا للحكم فلا يمكن الرّجوع إلى العموم لأنّ العموم الثّابت بدليل الحكمه أو بدليل آخر تابع لوجود موضوعه أى إذا كان شىء حلالا فحليّته تستمرّ إلى أن يزيلها المزيل و أمّا إذا خرج عن الحليّه كما لو صارت الشّاه جلّاله ثم شكّ بعد خروجها عن الجلل بأنّها حلال أو حرام فبقوله ع حلال محمّد ص حلال إلى يوم القيمه لا يمكن التمسّك لرفع الشّكّ و إثبات الحليّه لأنّ كلّ حلال يستمرّ حليّته و أمّا أن هذا حلال أو حرام فلا يمكن إثباته بهذا العموم لأنّه كما يدلّ على استمرار حليّه الحلال كذلك يدلّ على استمرار حرمه الحرام و مع الشّكّ فى الحليّه و الحرمه لا يمكن إثبات الاستمرار الّذى هو تابع لإحراز الموضوع و لا يعقل أن يكون عموم الحكم محرزا لموضوعه ففى المقام مرجع الأمر إلى استصحاب حكم المخصّص لا إلى عموم العام بل لو لم يجر الاستصحاب لم يمكن الرّجوع إلى العام

فتلخّص ممّا ذكرنا أنّه لو كان الزّمان ظرفا للمتعلّق أى أخذ كلّ آن من آنات الشّرب موضوعا و تعلّق الحكم بجميعها فإذا شكّ فى أصل التّخصيص أو فى مقدار المخصّص فالمرجع هو عموم العام لأنه لا فرق

فى صحّه التمسّك بالعموم بين الأفراد العرضيّه للشرب و أفراده الطّوليّه غايه الفرق بينهما أنّ أفراده العرضيّه بنفس تعلّق النّهى بالطّبيعه يندرج كلّ فرد تحتها و لذا يقال إن ترك الطّبيعه بترك جميع الأفراد و أمّا الأفراد الطّوليّه فلا بدّ من لحاظها على حده غير تعلّق الحكم بالطّبيعه لأنّ ترك الطبيعه بنفسه لا يدلّ على تركها فى جميع الأزمان و لكنّها إذا لوحظت و تعلّق الحكم بالطبيعه بهذا اللّحاظ فلا يتوقّف على عنايه زائده لأنّ طوارى المتعلّق يمكن لحاظها إطلاقا أو تقييدا فى مرتبه الجعل لأنّ طواريه كطوارى الموضوع تكون فى المرتبه السّابقه على الحكم

و أمّا لو كان الزّمان ظرفا للحكم فبنفس تشريع الحكم لا يمكن لحاظ بقائه فى كلّ آن بل لا بدّ من تشريعه أوّلا ثم لحاظه كذلك لأن بقاء الحكم كالعلم و الجهل به من الطّوارى المتأخّره عن رتبه الجعل فلا بدّ من ثبوت الموضوع أوّلا ثمّ الحكم ببقائه و إذا جعل الزّمان ظرفا له بجعل آخر فلو شكّ فى أصل تخصيصه أو فى مقدار المخصّص فالمرجع ليس عموم العام بل استصحاب حكم العام إذا شكّ فى أصل التّخصيص و استصحاب حكم المخصّص إذا شكّ فى مقدار المخصّص

فتبيّن ممّا ذكرنا أنّ مورد الرّجوع إلى العام غير مورد الرّجوع إلى الاستصحاب و لم يفرض المصنف قدّس سرّه ظرفيّه الزّمان فى مورد واحد على قسمين حتّى يورد عليه ما أورد و تمام الخلط نشأ من هذا التوهّم و بعد وضوح المقصود فلو كان التّعبير منه قدّس سرّه قاصرا و موهما فالإيراد على التعبير لا وقع له

و عمده الفرق ما ذكرنا من أنّ الزّمان قد يؤخذ تحت الحكم و قد يؤخذ فوقه و الرّجوع إلى العموم يصحّ فى الأوّل دون الثانى و الرجوع إلى الاستصحاب يصحّ فى الثّانى دون الأوّل

و إذا تبيّن أنّ النّواهى بأسرها قابله لكلا القسمين فهل الأصل اللّفظى يقتضى أن يكون الزّمان ظرفا للحكم أو المتعلّق فنقول إنّ مقتضى القواعد اللّفظيه هو الأوّل لأنّ كونه ظرفا للمتعلّق لا بدّ من التّصريح به فى اللّفظ بأن يقال الشّرب فى كلّ آن حرام فإذا لم يؤخذ المتعلّق فى كلّ آن متعلّقا للحكم بل ورد النصّ على الطبيعه المرسله أو على النّكره فتعلّق النّهى بهما لا يقتضى إلّا عموم الطّبيعه لجميع أفرادها العرضيّه دون الطّوليّه و ذلك لأنّ النهى لم يوضع للدّوام و التّكرار و لذا يجرى النّزاع فى دلاله الأمر على الفور و عدمها فى النّهى و إلحاق النّهى بالأمر فى هذا النّزاع يكشف عن أنّ جهه الفرق بينهما تختصّ بدلاله النّهى على ترك الطّبيعه بمطلق وجوداتها العرضيّه دون الأمر فإنه يدلّ على صرف الوجود و أمّا من غير هذه الجهه فهما سيّان فلا بدّ من إثبات الفوريّه و الدّوام من دليل خارج فإذا ورد النّهى مجردا عن الدّوام كأن قيل لا تشرب الخمر فيحتاج فى استفاده ترك الطّبيعه زائدا عن المقدار المتيقّن و هو آن ما إلى مقدمات الحكمه و لا شبهه أنّ الحكمه تقتضى تعلّق الطّلب بأزيد من مقدار ما لأنّ ترك الشّرب آنا ما حاصل فتشريعه لغو فإذا استفيد الدّوام من مقدمات الحكمه فلا محاله يرجع نتيجه الدّوام إلى دوام الحكم لا إلى آنات المتعلّق لأنّ المتعلّق معنى أفرادى و قرينه الحكمه تجرى فى الجمل لأنّه لا معنى لأن يقال إنّ الحكمه تقتضى دوام الخمر أو دوام الشرب بل الحكمه تقتضى دوام النّهى و دوام اللّزوم و هكذا

و ظهر ممّا ذكرناه سر عدم تمسّك العلماء لحرمه الخمر فى مورد الشّكّ فى حليّته و حرمته كحال المرض بمثل لا تشرب الخمر بل يتمسّكون لإثبات حرمته بالاستصحاب لأنّ التمسّک بالخطاب لا يمكن إلّا إذا أخذا الزّمان ظرفا للشّرب و أخذه كذلك

يجب أن يكون بتصريح فى اللّفظ و إلّا فلا محاله يقع الزمان ظرفا للحكم

لما ظهر أنّ الحكمه لا تجری فی ناحیه المتعلّق لأنّه من دون تعلّق حکم به لا معنی لأن یؤخذ دائما أو لا دائما فدلیل الحکمه فی ناحیه المتعلّق یکون من السّالبه بانتفاء الموضوع

هذا کلّه فی النّواهی و أمّا الأوامر فما کان من الأمور الاعتقادیّه فأخذ الدّوام فی نفس الحکم بمکان من الإمکان و بعده أسّسنا الأصل اللّفظی ففی مورد الشّکّ فی أخذ الزّمان فی الحکم أو فی المتعلّق فالأصل یقتضی أن یقع الزّمان ظرفا للحکم

و ما کان من الأعمال الجوارحیه کالصّوم و الصّلاه فما کان للزّمان دخل فی مصلحته و ملاکه کالصّوم فأخذ الزّمان ظرفا للحکم أیضا لا محذور فیه بأن یکون وجوب الصّوم من أوّل الطّلوع إلی الغروب مستمرّا کما یمکن أن یکون الإمساک المستمرّ واجبا أی یمکن أن یجعل الاستمرار ظرفا للطّلب کما یمکن أن یجعل ظرفا للمطلوب فلو لم یکن الزّمان فی مقام الإثبات ظرفا للمطلوب فلا محاله یرجع إلی الطّلب

و الثّمره بین الوجهین تظهر فی وجوب الإمساک فی بعض الآنات مع العلم بعدم تعقّب هذا الجزء بالأجزاء اللّاحقه کما إذا علم بأنّه یسافر قبل الزّوال أو علمت المرأه بأنّها تحیض فی أثناء النّهار فلو کان الزّمان ظرفا للحکم یجب الإمساک لأنّ الطّلب باق بمقدار بقاء الشّرط و وجوب الکفّاره یستقیم فی هذا الفرض أیضا لأنّ کلّ آن تابع لدلیل حکمه و لا یتوقّف أیضا علی تصویر الشّرط المتأخّر و جعل الأمر الانتزاعی شرطا لأنّ الشّرط لوجوب الإمساک فی کلّ آن حاصل

و أمّا لو کان الزّمان ظرفا للمتعلّق فلازمه أن یکون الطّلب بالنّسبه إلی هذا الأمر الممتد فعلیّا من أوّل الطّلوع و لازم فعلیته مع کون المطلوب مستمرّا أن یکون تعقّب سائر الأجزاء مع شرائطها معتبرا فی فعلیّته فیتوقّف الفعلیّه علی الشّرط المتأخّر بنحو التّعقّب و لازمه أیضا أن یکون وجوب الإمساک و الکفّاره مع العلم بعدم تعقّب هذا الجزء بسائر الأجزاء من جهه دلیل خارجیّ و إلّا فلا بدّ من القول بصحّه أمر الآمر مع العلم بانتفاء شرطه

و بالجمله قد ذکرنا فی باب التّرتب أنّه یمکن تصویر الاستمرار فی نفس الطّلب و یتبعه المطلوب فی الاستمرار و یرتفع به الإشکالات الوارده فی الصّوم مع الالتزام بقبح أمر الآمر مع العلم بانتفاء شرطه هذا إذا کان للزّمان دخل فی المصلحه

و أمّا إذا لم یکن کذلک و إن کان زمانیّا لا بدّ و أن یقع فی الزّمان کالصّلاه و أمثالها فقد یتوهّم أنّه لا یمکن أن یجعل الزّمان ظرفا للحکم لأنّ لازم استمراره أن یکون المکلّف فی کلّ آن مشغولا بالصّلاه و لکنّه توهّم فاسد لأنّ استمرار الحکم تابع لکیفیّه جعل المتعلّق فإذا وجب الصّلاه فی أوّل الظّهر ثمّ بعد العصر ثمّ بعد الغروب أو جعل الصّلاه واجبه فی أوّل الظّهر من الیوم و فی أوّل الظّهر من الغد و هکذا و أخذ الزّمان ظرفا للحکم فمعنی استمرار الحکم أنّ الوجوب فی أوّل الظّهر فی جمیع الأیّام باق و انفصال الامتثال لا یضرّ بالاتّصال فیمکن أخذ الزّمان ظرفا لنفس الحکم فی مثل الصّلاه و نحوها ممّا لم یکن للزّمان دخل فی ملاک الحکم کما یمکن أخذه ظرفا للمتعلّق و تظهر الثّمره بین الوجهین فیما إذا أخرج المقیم عن بلد الإقامه من دون إنشاء سفر جدید بل کان قاصدا للرّجوع إلی محلّ الإقامه أو کان متردّدا بناء علی أن تکون الإقامه قاطعه للسّفر حکما لا موضوعا و أمّا لو قیل قاطعه موضوعا فلا یترتّب علی الوجهین ثمره

و توضيح ذلک أنّه لو قيل بأن المقيم ليس بمسافر موضوعا كما هو المختار فالحكم واضح و معنى كونه غير مسافر موضوعا أن تكون الإقامه عرفا ضدا للسّفر فإنّ المكث فى محلّ يخرج المسافر عن كونه مسافرا

نعم خروجه عن هذا العنوان له مراتب متفاوته فى نظر العرف و لكنّ

الشّارع حـدّد الموضوع و عيّنه فى إقامه عشـره أيّام كسائر التّحديدات الشّـرعيّه كتحديده أصل السّـفر فإنّه بنظر العرف مختلف و لكن حـدّده الشّارع بثمانيه فراسـخ و هكـذا الكثره فى الماء الّذى لا يسـتقذر حدّدها الشّارع بمقدار خاص فلا يقال إنّ المقيم لو كـان حاضـرا موضوعـا لكان اللّازم عـدم الفرق بين عشـره أيّام و عشـره أيّام إلّا ساعه لأنّ العرف و إن لم يفرّق بينهما إلّا أنّ بعد تحديـد الشّارع هـذا الموضوع العرفى لا يبقى مجال لسؤال الفرق فإذا كان المقيم غير مسافر موضوعا فيجب على المقيم الخارج عن محـل الترخّص العـازم على العود أو المتردّد فى السّـفر التمـام و ذلـك لأنّه يسـتفاد من الأدلّه على أنّ كلّ مكلّف يجب عليه التمـام خرج عنهـا المسـافر فـإذا شكّ فى أن الخارج عن محلّ الإقامه العازم على العود حكمه حكم حال الإقامه أو حكمه حكم حال السّـير فمقتضى العموم هو وجوب التمام عليه سواء كان الزّمان فى باب السّفر مأخوذا فى المتعلّق أو فى الحكم لأنّه على أىّ حال خارج عن كونه مسافرا

و أمّـا لو قيل بأن المقيم مسافر و لكنّه خارج عنه حكما كالعاصـى بسـفره فإنّه لا إشـكال فى كونه مسافرا يجب عليه التمام فتظهر الثّمره بين جعل الزّمان ظرفا للحكم أو للمتعلّق لأنه لو كان وجوب القصـر على المسافر مسـتمرّا فلو رجع العاصى بسفره عن عزمه و لم ينشأ بعـد الرّجوع سـفرا جديـدا أى بمقـدار المسافه و هكـذا لو خرج المقيم من دون عزم على السّـفر الجديـد فالمرجع هو استصـحاب حكم المخصّـص و لو كان الزّمان ظرفا للمتعلّق بأن كان مفاد الـدّليل على أنّ لكلّ مسافر القصـر فخروج بعض أفراد الصّلاه لا يمنع عن الرّجوع إلى العام فى البعض الآخر المشكوك فيجب عليه القصر بعد الخروج أو بعد الرّجوع عن المعصيه

فتلخّص ممّـا ذكرنـا أنّ الزمـان فى الوضـعيات بأسـرها مـأخوذ فى الحكم و أمّـا التّكليفيّات وجوبيّه كانت أو تحريميّه و الوجوبيّه جوانحيّه كـانت أو جوارحيّه فيمكن بحسب الثّبوت أن يكون الزّمـان ظرفـا للمتعلّق و أن يكون ظرفـا للحكم و إذا لم يصـرّح فى اللّفظ بكونه ظرفا للمتعلّق و علم بأنّ ثبوت التّكليف فى الجمله لغو فلا محاله يقع الزّمان ظرفا للحكم و لازمه أن لا يكون المرجع عموم العام بل إمّا استصحاب حكم العام أو استصحاب حكم المخصّص

فتلخّص ممّـا ذكرنـا أنّه لو شـكّ فى كون الخيـار على الفور أو التّراخى ليس المرجع عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل لا بـدّ أن يرجع إلى استصحاب حكم المخصّص

إن قلت يمكن أن يكون المرجع عموم العام بتقريب آخر و هو أنّه لا شـبهه أنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وضعيّه كانت أو تكليفيّه حكم على من أنشأ الالتزام العقـدى و المنشـئ ينشـئ الملكيّه الدّائمه لا الموقّته فإذا كان وجوب الوفاء بالملكيّه الدائمه لازما فيرجع فى غير القدر المتيقن من زمان ثبوت الخيار و هو الفور إلى وجوب الوفاء بالمنشإ

قلت فيه أوّلاـ أنّ الـدّوام و التّوقيت ليسا من منشـئات المتعاقـدين بل إنّما هما من الأحكام الشّرعيّه و ليس المنشأ بقوله بعت البيع من زمان الإنشاء إلى آخر الدّهر و بعباره أخرى اللّزوم و الجواز أو التّأبيد و التّوقيت فى البيع من الأحكام الشـرعيّه لا من منوعات البيع و لا يختلف حقيقته باختلاف أحكامه و هكـذا فى النّكاح على المشـهور فإن حقيقه الانقطاع و الدّوام واحده و لذا لو نسـى ذكر الأجل يقع دائما بمقتضـى القاعـده لأنّ الـدّوام لا يحتاج إلى إشاره إليه فى العقد بل عدم ذكر المدّه مع إنشاء علقه الزّوجيّه يقتضى الدوام

نعم لو كان الدّوام و الانقطاع حقيقتين مختلفتين فنسيان الأجل يقتضى بطلان النّكاح رأسا لأنّ ما قصد لم يقع و ثانيا أنّ الدوام و إن كان من منشئات المتعاقدين إلّا أنّه يجب الوفاء به إذا دلّ عليه لفظ أى إذا أنشأ بما

هو آله لإيجاده و مجرّد قصد العاقد الدّوام مع عدم إيجاده بآلته من قول أو فعل لا اعتبار به فى العقود لأنه يكون كالشّروط البنائيّه الّتى لم تذكر فى العقود لا صريحا و لا إشاره

قوله قدّس سرّه و أمّا استناد القول بالتّراخى إلى الاستصحاب فهو حسن على ما اشتهر من المسامحه إلى آخره

قد ذكرنا فى أوّل العنوان أنّ المصنف قدّس سرّه ناقش فى أدلّه الفور و التّراخى كليهما

و ظهر أنّ المدرك للخيار لو كان هو قاعده لا ضرر لا يجرى الاستصحاب لوجهين الأوّل أنّ الموضوع لو كان اشتقاقيا كالمتضرّر يمكن أن يكون بحسب الثّبوت تمام الموضوع للحكم هو الوصف العنوانى و يمكن أن يكون الموصوف بالوصف ففى مقام الإثبات إذا أحرز بمناسبه الحكم و الموضوع أنّ الموضوع أيّهما فهو و إلّا فلا يجرى الاستصحاب للشّكّ فى الموضوع و لو كان جامدا فالموضوع هو ذات الشّى ء بصورته النّوعيّه لا بالمادّه الهيولائيّه و حيث إنّ الموضوع فى المقام عنوان اشتقاقىّ و يشكّ فى أنّه الموصوف أو الوصف فلا يجرى الاستصحاب و الثّانى أن مقتضى حكومه أدلّه لا ضرر و لا حرج على الأحكام الثّابته أن يكون الحكم المعنون بالضّرر و الحرج مرفوعا فالعقد اللّازم إذا كان لزومه الشّرعى ضرريّا فلزومه منفى و أمّا لو لم يكن كذلك فلا وجه لنفيه و رفعه ففى غير مورد الضّرر لا حكومه أصلا

و أمّا لو كان المدرك للخيار هو الإجماع فهذان الإشكالان غير واردين لأنّ الإجماع يثبت الخيار للمغبون فالموضوع باق حين الشّكّ إلّا أنّه حيث ثبت فى محلّه عدم جريان الاستصحاب مع الشّكّ فى بقاء المستصحب بحسب طبعه فى عمود الزّمان مع قطع النّظر عن طروّ زمانىّ عليه فلا يفيد الإجماع أيضا لاستصحاب الخيار

ثمّ إنّه لا يخفى أنّ منشأ الإشكال بحسب كلّ مدرك غير منشئه بحسب مدرك آخر و عباره الكتاب لا يخلو من اضطراب و الخطب هيّن هذا تمام الكلام فيما استفدته من شيخنا الأستاد دام ظلّه فى الخيارات و لما فاتنى ما أفاده فى خيار التأخير و أحكام الشّروط فاستنسخته ممّا كتبه العالم الفاضل ثقه الإسلام المرحوم الشّيخ أبى الفضل طاب ثراه نجل المرحوم الآخوند ملّا محمّد على الواعظ الآبى الأصفهانى النّيم آوردى فخيار التّأخير و أحكام الشّروط من تقريرات هذا الفاضل المرحوم قال رحمه اللّه تعالى فى حاشيته على الكتاب

القول فى خيار التّأخير

اشاره

القول فى خيار التّأخير إلى آخره

من باع شيئا و لم يسلّمه إلى المشترى و لا قبض الثمن لزمه البيع ثلاثه أيّام فإن جاء المشترى بالثمن فى الثلاثه فهو أحقّ بالعين و إلّا يتخيّر البائع بين الفسخ و الصّبر و المطالبه بالثّمن هكذا عند الإماميّه كما قال العلّامه فى التّذكره و علّله بأنّ الصّبر أبدا مضرّ

بالبائع فينفى بحديث الضّرر

و لكنّه لاـ يخلو عن المناقشه حيث إنّ مجرّد الصّبر على الثّمن لا يعدّ ضررا و باعتبار كونه فى ضمانه و دركه عليه لو تلف قبل قبضه فهو أيضا لا يصلح لكونه موجبا للخيار فعلا حيث إنّه فى معرض الضّرر هذا مضافا إلى أنّ إناطه الحكم به لا تنطبق على ما بنوا عليه نفيا و إثباتا سعه و ضيقا

و ربّما يعلّل بإطلاق العقد بتقريب أنّ مقتضاه تسليم المبيع و تسلّم الثّمن على غير وجه المماطله و المسامحه عرفا و حيث إنّه لم يكن منضبطا عند العرف فربّما يوجب التّشاح و التّشاجر فحدّده الشّارع بثلاثه أيّام كما فى غيره من التحديدات الشرعيّه فمرجعه إلى الشّرط الضّمنى و الخيار عند تخلّف الشّرط

و هذا و إن يساعده الاعتبار و ربما يشعر به بعض الأخبار لكنّه إنّما يصلح لأن يكون علّه لتشريع الحكم لا أن يناط به الحكم نفيا و إثباتا

و إلّا فلا وجه لاختصاصه بالبائع و لا بصوره عدم قبض الثّمن و إقباض المثمن فتأمل جيّدا

و كيف كان فالمدرك الصحيح فى المسأله الأخبار الخاصّه إلّا أن مقتضاها طرّا إبطال البيع و أنّه لا بيع بينهما بعد الثلاثه الظّاهر فى نفى حقيقته و صحّته لا مجرّد لزومه و لذا توقّف فيه بعض الأجلّه و جزم به صاحب الحدائق طاعنا على العلّامه فى المختلف حيث إنّه قدّس سرّه اعترف بظهور الأخبار فى البطلان و مع ذلك اختار نفى اللّزوم و ثبوت الخيار مستدلا بأنّ الأصل بقاء صحّه العقد

هذا و لكن لا يخفى على المتأمّل أن بعد القطع بأنّ تشريع هذا الخيار الخصوص البائع دون المشترى إنّما هو لأجل الإرفاق على البائع إمّا لكون المبيع قبل القبض فى ضمانه و إمّا لتوقيف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أىّ حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من خياره بل ربّما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى

هذا مضافا إلى ظهور قوله عليه السّلام فى غير واحد من الأخبار لا بيع له إلى آخره فى انتفاء البيع من طرف المشترى المنتج لثبوت الخيار فى طرف البائع و بعد اعتضاده بما ذكرنا من الإرفاق و بفهم العلماء منها نفى اللّزوم لا الصّحه بالاتّفاق إلّا ما شذّ و بموافقته مع الأصل المقتضى لبقاء الصّحه عند الشّكّ فلا يعارضه ما فى روايه علىّ بن يقطين من أنّه لا بيع بينهما الظاهر فى بطلان البيع و انفساخه من الطّرفين رأسا كما لا يخفى

و كيف كان فالقدر المسلّم من هذه الأخبار فى قبال عمومات صحّه العقود و لزومها ثبوت الخيار بالشّرائط المذكوره فى عنوان المسأله منها أن لا يقبض المبيع و الظّاهر عدم الخلاف فى اشتراطه كما هو المصرّح به فى بعض الأخبار فيقيّد به سائر مطلقاتها كما هو القاعده فى جميع الأبواب فأصل الاشتراط ممّا لا إشكال فيه و إنّما الإشكال فى أنّ المراد منه القبض الخارجىّ كما هو مقتضى ظهوره الأوّلى فلو مكّنه من المبيع فلم يقبض كان الخيار باقيا على حاله لصدق أنّه ما قبضه و فى قباله لو قبضه بدون إذن البائع و اطلاعه كان رافعا للخيار لصدق أنّه قد قبضه مطلقا أو مع عدم الاسترداد و المراد منه القبض الرّافع لضمان البائع الحاصل بالتّمكين و لو لم يقبض الغير المتحقّق بالعدوان فلو لم يسترد فلا خيار فى الفرع الأوّل لتحقّق القبض دون الثّانى لعدم تحقّقه وجهان من التعبّد بظاهر النصوص و ممّا ذكرنا من القرينه المقاميّه المرتكزه من أنّ جعل الخيار هنا للبائع من جهه الإرفاق عليه و كون المبيع قبل قبضه فى ضمانه و دركه على عهدته

فيدور الحكم هنا مدار تلك المسأله فكل قبض كان مسقطا لضمان البائع هاهنا مسقط لخياره هناك فلو مكّنه من المبيع و لم يقبض لم يكن له خيار حيث لا يكون له ضمان و كذلك لو قبضه ثمّ أودعه عنده

و دعوى إطلاق الأدلّه حيث إنّ قوله ع ثم يدعه عنده أعمّ من كونه مسبوقا بالتّمكين و عدمه مدفوعه بما استظهرنا من القرينه المقاميّه و القاعده الارتكازيّه و هى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و بها رفعنا اليد عن ظهور الأخبار فى نفى الصّحه إذ ليس هذا الظهور بأقوى من ذلك الظهور قطعا و كذلك ظهور القبض فى القبض الخارجى بل بعد ارتكازيّه ذاك الحكم و احتفاف الكلام بتلك القرينه لا ينعقد ظهور على خلافها و على وجه ينافيها و يعارضها فتأمل جيدا

و من هنا يظهر الوجه فى الفرع الرّابع الّذى ذكروه فى هذا المقام و هو قبض بعض المبيع دون بعض فعلى البناء على التعبّد لا وجه لتبعّض الخيار بل اللّازم القول به مطلقا نظرا إلى صدق عدم قبض المبيع الظّاهر فى الجميع فقبض البعض كلا قبض أو القول بعدم الخيار كذلك بدعوى

انصراف الأخبار إلى صوره عدم قبض شی ء منه و على البناء على أنّه إرفاق للبائع من جهه الضّمان فاللّازم تبعّض الخيار بالنّسبه إلى المقبوض و غيره و إن قلنا بأنّه خارج عن منصرف الأخبار

و بالجمله فهذه الفروع الأربعه المذكوره فی المقام كلّها مبنيّه على الوجهين من احتمال التعبّد فيدور الحكم نفيا و إثباتا مدار الاستفاده من الأخبار و احتمال كونه إرفاقا للبائع فيدور مدار هذا المعنى كما لا يخفى

و الإنصاف أنّ الالتزام بالتعبّد المقتضی للجمود على ألفاظ الرّوايات فی جميع المقامات بعيد جدا و إلّا فاللّازم هو القول بنفی الصّحه لا اللّزوم و فهم الأصحاب حينئذ لا اعتماد به بعد احتمال استناده إلى تلك القرينه المرتكزه أی كون الحكم من جهه الإرفاق على البائع بمقتضی الضّمان قبل القبض كما أنّ إناطه الحكم بتلك الجهه أيضا موجبه للخروج عن مورد الأخبار طرّا لوضوح أنّ قبض الثّمن و عدمه غير مرتبط بتلك الجهه مع أنّ اشتراط عدمه مجمع عليه ظاهرا نصّا و فتوى و إن كان الإرفاق من جهه تأخير ثمنه لا من جهه كون المبيع فی ضمانه كما احتملناه سابقا فحينئذ فاشتراط عدم قبض المبيع غير موجّه لعدم مدخليّته فی تلك الجهه و إن كان كلّ واحده من الجهتين مقتضيه للتشريع الخيار للبائع فلازمه الاكتفاء بأحد الأمرين من عدم قبض الثّمن أو إقباض المثمن

و بالجمله فالجهتان كأنّهما متدافعتان و هذا المطلب يعطی التعبديّه و الاقتصار على ما يستظهر من الأخبار من الخصوصيّه اللّهمّ إلّا أن يقال إنّ كلتا الجهتين كانتا مرعيّتين فی تشريع هذا الخيار و الشّاهد عليه كما يساعده الاعتبار أنّ مع إقباض المثمن و عدم قبض الثمن يمكن استيفاء حقّه بالمقاصّه و نحوها و كذلك مع قبضه الثّمن فقط يمكن إقباض المثمن إلى الحاكم و غيره رفعا لضمانه و تخلّصا عن دركه و هذا بخلاف ما إذا لم يقبض الثّمن و لم يقبض المثمن فإنّ تخلّصه من درک هذه المعامله إنّما هو بالخيار بعد الثلاثه و جواز الفسخ و استيفاء حقّه من نفس المثمن فتأمل جيّدا

و كيف كان فالمعتبر نصا و فتوى اعتبار كلا الأمرين من عدم إقباض المثمن و عدم قبضه للثّمن كما هو ظاهر النصوص المتقدمه و قد تقدم الكلام فيما يتعلّق بالأوّل و أمّا الثّانی فيقع الكلام فيه أيضا فی فرعين الأوّل الظّاهر أن قبض بعض الثّمن هنا أيضا كلا قبض فلا يضرّ بالخيار كما هو ظاهر الأخبار لصدق أنه ما قبض الثّمن و دعوى انصرافها إلى صوره عدم قبض شی ء منه فی غايه المنع كما يشهد عليه فهم أبی بكر بن عيّاش فی روايه ابن الحجّاج المتقدّمه و إقناع المتنازعين بما حكى عن الإمام مع أنّ الظّاهر المحكی عنه عليه السّلام عدم قبض تمام الثّمن فاستدلال التذكره بالرّوايه فی محلّه و إن نظر فيه شيخنا العلّامه و لكن لم يعلم وجه النّظر فتدبّر

الثّانی لو قبض الثّمن بدون إذن المشتری فهل هو كعدمه لظهور الأخبار و انصرافها إلى القبض الصّحيح الأعمّ من أن يكون بإذن المشتری أو قبضه بحقّ كما إذا كان بعد تمكين المبيع للمشتری و عدم قبضه الموجب لسقوط ضمانه للمبيع و جواز التّصرّف فی الثمن بأیّ وجه أو أنّه فی حكم القبض موجب لسقوط الخيار نظرا إلى إطلاق بعض الأخبار و ظاهر عنوانهم للمسأله من اشتراط عدم إقباض المبيع و عدم قبض الثّمن الظاهر فی معناه الأعمّ و به يفرّق بين الثمن و المثمن وجهان أقواهما الأوّل لما عرفت من أنّ الظاهر المتبادر من إطلاق القبض ما هو المتعارف المتداول فی المعاملات من وقوعه مع الإذن و التّعبير فی العنوان بالإقباض

فى طرف المبيع و القبض فى طرف الثّمن إنّما هو لاختصاص المسأله بالبائع و ثبوت الخيار له لا لأجل

الاكتفاء بقبض الثّمن كيف ما اتّفق و هذا واضح لا يكاد ينكر و إلّا فما ذكر لا اختصاص له بظاهر العناوين بل هو الظاهر من روايه علىّ بن يقطين أيضا

و لكن مع ذلك كلّه لا دلاله لها على الاكتفاء بالقبض مطلقا لما عرفت من انصرافه فى النصوص و الفتاوى إلى القبض الصّحيح المتعارف فى المعامله نعم يمكن المناقشه فى ثبوت الخيار حينئذ من جهه أخرى و هى أنّ قبض الثّمن عدوانا كأنه ارتضاء للبيع فيكون مسقطا للخيار من تلك الجهه و لعلّه الوجه لما فى عناوين المسأله من التّعبير بإقباض المبيع و قبض الثّمن و لعلّ لبعض ما ذكرنا أمر شيخنا العلّامه بالتأمّل فتأمل

و كيف كان فعلى اعتبار الإذن كما هو الأقوى و الأظهر فالإجازه اللّاحقه أيضا فى حكم الإذن و هل هى كاشفه أو ناقله وجهان أقواهما الثّانى و يتفرّع عليه ما لو قبض قبل الثّلاثه فأجاز المشترى عبدها فعلى النّقل لا يمنع من الخيار لعدم قبض الثمن فى الثّلاثه و على الكشف لا خيار حيث إنّه قبض الثّمن و ربّما يتخيّل جريان هذا الفرع فى قبض المبيع أيضا فيشكل على الشّيخ قدّس سرّه من جهه تخصيصه بقبض المثمن و لكنّه توهّم فاسد لوضوح أنّ إجازه البائع لقبض المبيع ارتضاء منه للبيع و إسقاط لخياره سواء وقعت قبل الثّلاثه أو بعدها فلا يتفاوت بين كونها كاشفه أو ناقله فلا تغفل

و كيف كان هل الإجازه هنا كما فى باب الفضولى فيجرى فيه ما ذكر هناك من الأقوال أو اللّازم هنا القول بالنّقل و إن كان فى الفضولى محلّا للإشكال وجهان أقواهما الثّانى كما اختاره شيخنا العلّامه مع أنّه قائل بالكشف الحكمى فى تلك المسأله فلا يرد عليه أنّ هذا مخالف لمبناه

و توضيح المقام أنّ توقّف العقد على الإجازه تاره لأجل أنّ العقد بنفسه وقع صحيحا جامعا لشرائط الصّحه و لكن حيث إنّه وقع عن غير المالك فلا يستند إليه لا تسبيبا و لا مباشره حتى صار العقد عقده فيعمّه أدلّه لزوم الوفاء بالعقد فيتوقّف على الإجازه ليستند إليه و لو تسبيبا حيث إنه قابل للنّيابه و أعمّ من التّسبيب و المباشره على الفرض فإذا أجاز و استند إليه العقد فعلا يقع الكلام فى أن استناد العقد إلى المالك بالإجازه يوجب صحّته من أوّل الأمر فيترتب عليه آثار الصّحه كذلك أو يتّصف بالصّحه من حين الإجازه حيث إنّ فى هذا الحين صار العقد عقدا له

و بالجمله فمحلّ الكلام فى أنّ الإجازه كاشفه حقيقه أو حكما أو ناقله من حينها إنّما يختصّ بما إذا كان عدم تماميّه العقد من جهه عدم الاستناد إلى المالك فقط و إلّا فجميع جهات العقد من الإيجاب و القبول و النقل و الانتقال و كون كل واحد من العوضين مضمونا عليه و غير ذلك محفوظه كما لا يخفى

و هذا بخلاف ما إذا كان من قبيل جعل الأجره على الأعمال كما فى جميع العقود العهديّه مثل القراض و المضاربه و السّبق و الرّمايه و الجعاله و نحو ذلك فإنّ قوام وقوع العمل محترما مضمونا على الغير بأن يكون بأمر الغير و التماس منه

و بعباره أخرى كان إراده الفاعل منبعثه عن إراده الغير و إلّا فلا يقع محترما و مضمونا عليه جدا و حينئذ لو أجاز مالك الجعل أحد هذه العقود المذكوره فبالإجازه و إن استند العقد إليه و صار عقدا له و لكن فائدته أنّ العامل لو لم يأت بالعمل فمن حين

الإجـازه يصـير عمله محترمـا و واقعـا بـإذن الغير و التمـاس منه فيقع مضـمونا عليه و أمّا الأعمال السّابقه فلا يكاد يفيـدها الإجازه لوضوح أنّ بالإجازه لا يخرج العمل عمّا وقع عليه من كونه متبرّعا غير مضمون على أحد

نعم لو كان جاهلا بالحال و أقدم بتغرير الفضولى يرجع إليه بمقتضى الغرور

يرجع إلى من غره و هذا مطلب آخر

و بالجمله ففى هذا النسخ من العقود لا سبيل إلى القول بالكشف و لو قلنا به فى العقود المعاوضيّه كما لا سبيل إليه فى العقود الإذنيّه الّتى قوام تحقّقها بالإذن و الاستنابه كالوكاله و الوديعه و العاريه و اشتباه ذلك فلو وكّل شخص أحدا فضولا من الغير فمرجع إجازه الغير إلى إذنه و استنابته فيما وكّل له فعلا و لا معنى لكشفها عن صحّه ما وقع فضوليا لما عرفت أن حقيقه هذه العقود الإذن و الاستنابه فيما هو وظيفه للمنوب عنه فلا يعقل وقوعها بدون الإذن و إن لحقه و يترتّب عليه ضمان الوكيل الفضولى لو تصرّف فى مال الغير على وجه يوجب الضّمان إلّا أن يكون إذنه و إجازته فيما بعد على وجه يستلزم سقوط ضمانه فتأمل جيدا

و أولى بما ذكرنا من عدم قابليّه الإجازه للكشف ما إذا كان توقّف المعامله عليها لأجل تعلّق حقّ للمجيز على أحد العوضين على وجه يمنع من تصرّف المالک كما فى بيع الرّاهن العين المرهونه بلا إذن من المرتهن و كما فى بيع ما تعلّق به حق الخيار بناء على أنّه حقّ متعلّق بالعين

و كيف كان ففى هذه المواضع أيضا لا معنى لكاشفيه الإجازه بلا شبهه لأنّ البائع إنّما باع مال نفسه فلا معنى لتوقّفه على إجازه غيره

غايه الأمر حيث إنّه مناف لحقّ المرتهن فلا بدّ من التخلّص عنه بوجه إمّا بفكّ الرّهن أو باستيذان منه و إلّا فالبائع ما باع مال غيره حتّى يتوقّف على الإجازه لا من جهه الاستناد و لا من جهه أخرى كما لا يخفى

و بالجمله ففى هذه الموارد الثلاثه لا محيص عن القول بأنّ الإجازه مثبته بمعنى أنّ ما يترتب على الفضولى يثبت بها لا أن يثبت بالعقد و يكون الإجازه كاشفه عنه كما لا يخفى و ما نحن فيه من قبيل القسم الأخير حيث إنّ البائع إنّما قبض ماله غايته للمشترى حقّ الحبس لعدم أخذه المبيع فقبضه بدون إذن منه مناف لحقّه الثّابت فيه فيكون من قبيل تصرّف المالک فى العين المرهونه فتأمّل و لا تغفل

[ثم إنه يشترط فى هذا الخيار أمور]

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره]

قوله قدّس سرّه إلّا أنّ الظاهر من لفظ الشّى ء الموجود الخارجى إلى آخره

و حاصل الاستظهار بنحو أسدّ و أخصر أنّ ظاهر لفظ الشّى ء كلفظ المبيع و المتاع أن يكون المبيع معنونا بهذا العنوان قبل البيع و الكلى الثابت فى الذّمّه لا يكون قبل البيع شيئا بل اعتبار يحدث بالعقد فروايه أبى بكر بن عيّاش أيضا منصرفه عنه كسائر الأدلّه

[ثم إن هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار]

[منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما]

قوله قدّس سرّه منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما

الوجوه المحتمله هاهنا أنّ الخيار تاره فى الثّلاثه و أخرى بعدها و ثالثه عندها أى رأس الثلاثه و على التّقادير إمّا لأحدهما أو لكليهما و الّذى يمكن استظهاره من الأدلّه على ما يشير إليه أن يكون خيار فى البين عند الثّلاثه الّذى هو موقع جعل خيار الشّرط إمّا بعدها أو قبلها فلا وجه للاشتراط و على هذا فلا ينافى مع خيار الحيوان على ما يتّضح لك إن شاء اللّه

قوله قدّس سرّه و كيف كان فلا أعرف وجها معتمدا فى اشتراط هذا الشّرط إلى آخره

لا يخفى أنّ ما أفاده أخيرا من أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجى ء المشترى بالثّمن بغير حقّ التأخير و ذو الخيار له حقّ التأخير مبتيا على ما أفاده فى التّذكره فى أحكام الخيار من أنّه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثّمن فى زمن الخيار وجه وجيه لعدم الخيار مناقشته فيه بقوله و فيه بعد تسليم الحكم فى الخيار إلى آخره كما ناقش فيه فى أحكام الخيار أيضا ممّا لا وجه له مع اعترافه قدّس سرّه به فى باب القبض و عليه يبنى جواز حبس أحد المتبايعين ما انتقل عنه مع امتناع الآخر عن تسليم ما انتقل إليه و به يجيب قدّس سرّه فى ذاك الباب من إشكال

الأردبیلی فی المسأله من أن ظلم أحد المتبایعین و منع الغیر عن حقّه لا یوجب جوازه علی الآخر

و بالجمله ما أفاده فی التّذکره فی غایه المتانه و توضیحه أن بعد ما کان بناء المعامله و عقد المعاوضه علی التّسلیم و التسلّم و التّبدیل و التبدّل فیصیر القبض و الإقباض من الشّروط الضّمنیه الّتی التزم بها المتعاقدان فی متن العقد و هذا هو المراد من قولهم إن إطلاق العقد یقتضی کذا و کذا و حینئذ فمرجع کون العقد خیاریا إلی أنّه بجمیع ما تضمّنه من الشّروط الضّمنیه أو الصّریحه غیر واجب الوفاء فکما لا یجب الوفاء بنفس العقد کذلک لا یجب الوفاء بما فی ضمنه من التعهّدات الضّمنیّه و علیه یتفرّع أنّ الشّروط الصّریحه فی ضمن العقد غیر واجبه علی المشروط علیه إذا کان العقد خیاریا أمّا إذا کان له الخیار فواضح و أمّا إذا کان علیه الخیار و لم یسلّم الآخر ما انتقل عنه فلما عرفت من أنّ التّسلیم و التسلّم التزام من الطّرفین فإذا لم یف أحدهما به و لو حقا فلا یجب علی الآخر أیضا الوفاء به

نعم لو سلّم ذو الخیار فیجب علی من علیه الخیار أیضا أن یسلّم ما انتقل عنه بجمیع ما اشترط علیه فی ضمن العقد صریحا أو ضمنا

و حینئذ ففی المسأله لو فرضنا أن یکون لأحدهما أو کلیهما خیار عند الثلاثه الّتی هی زمان جعل الخیار فلا یجب علی المشتری بذل الثّمن فی هذا الحال أمّا لو کان له خیار زائد عند الثّلاثه الّتی هی زمان جعل الخیار فلا یجب زائد علی المشتری بذل الثّمن فی هذا الحال أمّا لو کان إلی هنا خیار فلما عرفت أنّ ذلک مقتضی عدم وجوب الوفاء بالعقد بجمیع ما یتضمّنه ضمنا أو صریحا و من جمله تسلیم ما انتقل عنه و أمّا لو کان للبائع خیار فلأنّ المفروض أنّه لم یسلّم المبیع فلا یجب علیه البذل أیضا لما عرفت من أنّه التزام من کلا الطّرفین فإذا لم یکن أحدهما ملزما به بمقتضی خیاره فلا یلزم الآخر أیضا بمقتضی التزامه إلّا أن یشترط علیه تعجیل الثّمن و هو خارج عن موضوع المسأله

و حینئذ فبضمیمه الاستظهار من الأخبار من کون عدم مجی ء المشتری بالثّمن بغیر حق التأخیر یتمّ المطلب کما أن حکمه تشریع هذا الخیار و هو کونه قهرا علی المشتری المماطل و جبرا علی البائع و ملاحظه مناسبه الحکم مع موضوعه أیضا یقتضی أن یکون کذلک

و لکن لا یخفی أنّ ذلک لا یقتضی أزید من أن لا یکون التأخیر عند الثّلاثه بحقّ و عن مماطله و أمّا فی الثّلاثه فلا موجب للالتزام به کما أفاده قدّس سرّه فأشکل علیه لزوم اختصاصه بغیر الحیوان مع اتّفاقهم علی ثبوته فیه ظاهرا بل ربما یستأنس من التحدید بالثلاثه أن یکون الغرض منه مراعاه خیار الحیوان فجعل الخیار للبائع بعد الثّلاثه

و بالجمله فلا وجه و لا موجب للالتزام بکون تأخیر الثّمن عن مماطله فی مجموع الثّلاثه بل غایه ما یقتضیه ما تقدم عدم کونه کذلک عند الثلاثه فلا ینافی مع خیار الحیوان بوجه نعم ربما ینافی مع ما یدّعی ظهور الأخبار فی کونه إمهالا علی المشتری فی الجمله فتأمل

و کیف کان فلا ینافی هذا الخیار مع خیار المجلس أصلا و العجب أنّه قدّس سرّه مع التزامه بذلک و تقویه کون مبدإ هذا

الخيـار من حين العقـد كمـا يـأتى آنفـا المسـتلزم لعـدم كون التـأخير فى بعض الثلاـثه بغير حق فمع ذلك يلتزم بأن لا يكون فى مجموع الثلاثه كذلك و على أىّ حال فلا ينافى مع خيار المجلس بلا إشكال إلّا أن يتّفق بقاء المجلس و اصطحابهما إلى الثّلاثه فمقتضـى مـا ذكرنا أيضا عـدم الخيار و لكنّه فرض نادر جـدا و من مطاوى ما ذكرنا ظهر أنّ مبـدأه أيضا من حين العقـد كما هو المستظهر من مضامين الأدلّه

و أمّا احتمال كونه من حين التفرّق فلا وجه له عدا ما تقدم من الإشكال

المعروف فی خیار الحیوان أو المجلس من دعوی امتناع اجتماعهما فی زمان و لکنّها باطله جدّا کما هو المحقّق فی محلّه و احتمال کون المبدإ فی خصوص المقام بعد التفرّق استظهارا من الأخبار فاستظهاره علی مدّعیه و إلّا فقد عرفت أن ظاهر الأخبار یعطی خلافه

و أمّا خیار الحیوان الثابت للمشتری فلا یمنع أیضا عن هذا الخیار بناء علی ما حقّقناه أنّ غایه ما یمکن أن یلتزم به و یستظهر من الأدلّه من مناسبه الحکم و موضوعه أن یکون التّأخیر عند انقضاء الثّلاثه بغیر حقّ فالواجب أن لا یکون له خیار فی هذا الحال و أمّا قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا إشکال فلا ینافی اعتبار ذلک مع ما فی المختلف من الاتّفاق علی ثبوته فی الحیوان بل قد عرفت أنّ الإمهال فی الثّلاثه لعلّه لأجل مراعاه خیار الحیوان

نعم بناء علی ما أفاده قدّس سرّه و استظهره من الأدلّه من أن لا یکون التأخیر بحقّ فی مجموع الثّلاثه فینافی مع خیار الحیوان کما أفاده لکن الاتّفاق المذکور یدفعه مضافا إلی منافاته مع جعله قدّس سرّه المبدأ من حین العقد فتأمل

و أمّا سائر الخیارات مثل خیار العیب و الغبن و الرّؤیه المشروطه فعلیّتها بالعلم بالعیب و ظهور الغبن و فقد الوصف و إن کان مبدؤها من حین العقد فربما یختلف الحال فیها من حیث حدوث العلم فی الثّلاثه أو بعدها کما یتفاوت الحکم أیضا من جهه القول بالفوریّه و عدمها فالضّابط فی منعها عن هذا الخیار ما ذکرنا من أن لا یکون عند انقضاء الثلاثه الّذی هو محلّ خیار الشّرط و موقع حلوله خیار بأن علم به و لم یفسخ و قلنا بسقوط خیاره بسبب الفوریّه

و أمّا إذا لم یعلم به إلی أن حلّ الثلاثه فمنعه عن خیار التأخیر و عدمه مبنیّ علی أنّ استفاده الحکم یدور مدار واقعه فلم یکن التأخیر بغیر حقّ فلا یکون خیار أو مدار فعلیّه الخیار فلا یمنع عنه حیث لا خیار بالفعل و لعلّ الثّانی أظهر لصدق المماطله فی تأخیر الثمن فتأمل جیّدا

و منه یظهر حال خیار الشّرط و أنّ المعتبر فی منعه أن یکون ثابتا موجودا عند انقضاء الثّلاثه إمّا بأن یکون مبدؤه عند انقضاء الثّلاثه أو من حین العقد إلی التّالی کما هو الشّائع المتداول فی خیار الشّرط و لعلّه الوجه فی تخصیص السّرائر الحکم بخیار الشّرط فلا تغفل

[مسأله یسقط هذا الخیار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد الثّلاثه]

قوله قدّس سرّه و فی سقوطه بالإسقاط فی الثّلاثه وجهان إلی آخره

بل لا ینبغی التأمّل فی سقوطه به و کذلک فی إسقاطه فی متن العقد کما فی خیار العیب و الغبن فإن فعلیّه الخیار و إن کانت عند الثّلاثه و لکن مبدأه و هو استحقاق مطالبه الثمن فی کلّ آن موجود من حین العقد فمرجع إسقاطه إلی اجتیازه عن حقّه

الثّابت بالعقد كما اعترف به قدّس سرّه فى خيار الغبن و نحوه مع أنّ فعليّته أيضا مشروطه بالعلم به فلا مجال لنظره قدّس سرّه و التأمّل فيه

هـذا إذا أسـقطه فى الثّلاثه و أمّا اشتراط إسـقاطه فى متن العقـد فيرد إشـكالا تاره من جهه الشكّ فى مشـروعيّته و منافاته لما هو مقتضـى العقـد شـرعا فلا يصحّ التمسّک بأدلّه الشّروط بعد تخصيصـها بما لا يكون منافيا للمشـروع فلا دليل على لزوم الوفاء به شرعا و أخرى من جهه كونه إسقاطا لما يتحقّق بالعقد بعد تماميّته فيكون من قبيل إسقاط ما لم يجب

و قـد أجيب عن الأوّل فى محلّه بـأنّ كلّما كـان من قبيـل الحقوق فإسـقاطه جائز نافـذ لوضوح أنّ الحقّ سـلطنه و جـده مجعوله لصاحبه فمعناه متقوّم بجواز رفع اليـد عنه و كون زمام اختياره بيده إلّا أن يقوم دليل خاص على أنّه نحو سـلطنه لا يصحّ الاجتياز عنه و إلّا فمقتضى طبعه جواز سلبه عنه و التّقليب و التقلّب فيه و هذا

هو أحد الوجوه الفارقه بين الحقّ و الحكم

نعم إذا كان الحكم الشّرعى هو الإباحه فهو أيضا كذلك حيث إنّ معناه ترخيص المكلّف بالنّسبه إليه فعلا و تركا فيصحّ التزامه به كذلك بالنّذر أو بالاشتراط فى ضمن العقد إلّا أن يدلّ دليل على عدم جوازه كشرط عدم التّسرى فى عقد المزاوجه كما قيل

و أمّا إذا كان الحكم الشّرعى من قبيل الوضع أو الوجوب و التّحريم فمعلوم أنّ الالتزام بخلافه فى ضمن العقد أو بالنّذر و العهد يكون منافيا للمشروع إلّا إذا دلّ دليل خاص على جوازه أيضا كما فى نذر الإحرام قبل الميقات أو الصوم فى السّفر على ما حقّق فى محلّه

و عن الثّانى بمنع كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب حيث إنّه يشترط الإسقاط فى رتبه حصول الملكيه فيكون إنشاؤه مترتّبا على إنشائهما كما أن تحقّقه أيضا مترتّب على تحقّقها فلم يرد الإسقاط لا فى مرحله الإنشاء و لا مرحله التّحقّق إلّا على أمر ثابت و احتياجه إلى أزيد من ذلك ممنوع جدّا و لا موجب له عقلا كما لا يخفى و نظائره كثيره فى الفقه أيضا كما صرّحوا بصحّه أن يقال بعتك هذا و جعلت ثمنه رهنا عندك أو اشتريت هذا و رهينه عندك أو يقال وكّلتك فى نكاح فلانه و طلاقها إلى غير ذلك ممّا يشبه المقام

و العجب من شيخنا العلّامه حيث إنّه ملتزم بما ذكرنا كلّه فى محلّه و مع ذلك يقول فإن كان إجماع على السّقوط و إلّا فللنّظر فيه مجال مع أنّ من جهه الإشكال الأوّل و هو أنّ الخيار إنّما هو مسبّب عن التأخير بعد الثلاثه لا العقد وحده فهو مشترك مع خيار الغبن و العيب بناء على أنّ فعليّه الخيار مسبّبه عن ظهور العيب و العلم بالغبن و قد تقدّم تفصّيه عنه بما ذكرنا من أنّ الإسقاط راجع إلى ما هو مبدأ الخيار الثّابت فى حال العقد و من جهه الإشكالين الأخيرين مشترك مع خيار المجلس و الحيوان أيضا

و قد أجاب عنهما أيضا بما يرجع إلى ما ذكرنا و كيف كان فليس للنّظر فيه مجال بل يسقط الخيار بجميع أنحاء إسقاطه بلا ريب و لا إشكال

[الثالث بذل المشترى للثمن بعد الثلاثه]

قوله قدّس سرّه و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صوره التضرّر فعلا إلى آخره

لا يخفى أن بعد دعوى هذا الانصراف لا مجال للتمسّك بإطلاق الأدلّه على فرض إطلاقها و لا باستصحاب الخيار الّذى استحسنه قدّس سرّه أولا على فرض إهمالها إذ انصراف الأدلّه يوجب تخصيصها بخصوص هذه الصّوره و كذلك يوجب تبدّل الموضوع المستصحب على ما عرفت فى خيار الغبن أيضا فلا مجال للتمسّك بهما إلّا أن دعوى هذا الانصراف لا تخلو عن التّمحل و الاعتساف مع أنّه ليس فى الأدلّه من الضّرر لا عين و لا أثر

و لو سلّم دخله فهو من قبيل علل التشريع الغير المقتضيه لإناطه الجعل بها نفيا و إثباتا و حينئذ فمختار التّذكره من القول بالسّقوط لا يخلو عن الإشكال فضلا من أن يكون فيه القوّه اللّهمّ إلّا أن يدّعى أنّ من ملاحظه مجموع أدلّه الباب و التّفصيل بين ما يتسارع

فيه الفساد و غيره و غير ذلك يشرف الفقيه القطع بإناطه الحكم بالضّرر نفيا و إثباتا

و كيف كان فعهدتها على مدعيها فتأمل و لا تغفل

[الرابع أخذ الثمن من المشترى]

قوله قدّس سرّه فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاريه إلى آخره

لا يخفى أنّ المناط إنّما هو بقصد الدّافع فاحتمال الأخذ بعنوان العاريه لا ينفح بعد ما كان دفع المشترى ظاهرا فى بذل الثّمن فأخذ البائع بلا تصريح بخلافه أيضا يحمل عليه و يكون رضا فعليا و التزاما بالعقد الموجب لسقوط خياره كما أفاده قدّس سرّه

نعم يمكن المناقشه فى أصل كون مجرّد الأخذ التزاما كما فى سائر أبواب الخيارات و لكن الفرق بينها و بين خصوص هذا الخيار المسبّب عن تأخير

الثّمن واضح فلا تغفل نعم مطالبه الثمن لا تدلّ على الالتزام لإمكان أن يكون لأجل أنّه لو رآه مماطلا سيفسخ فيكون استدفاعا للضّرر المستقبل كما أفاد قدّس اللّه روحه

[مسأله فی کون هذا الخیار علی الفور أو التراخی قولان]

قوله قدّس سرّه و قد تقدم ما یصلح أن یستند إلیه لکلّ من القولین إلی آخره

إشاره إلی ما أفاده فی خیار الغبن من ابتناء الفوریّه و عدمها علی التمسّک بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أو الاستصحاب و قد منع فی ذاک الباب التمسّک بکلا الأمرین أمّا العموم فلجعل الدّوام و الاستمرار ظرفا للحکم لا لمتعلّقه بحیث یکون مکثّرا لأفراده بحسب الزّمان کتکثّره بحسب الأفراد و أمّا الاستصحاب فلعدم إحراز بقاء الموضوع بعد تمکّن المغبون من تدارک الضّرر فالمرجع إلی أصاله عدم تأثیر الفسخ و عدم ترتّب الأثر علیه هذا ملخّص ما أفاده هناک أمّا المقام فمن جهه التمسّک بالعموم فالکلام فیه هو الکلام

لکن لا یخفی أنّ من جهه الضّرر فرقا بین المسألتین کما اعترف به قدّس سرّه فإنّ فی مسأله الغبن نفس العقد وقع ضرریّا فعدم المبادره إلی الفسخ مع علمه بالخیار حکما و موضوعا یمکن القول بأنّه رضا فعلیّ بالعقد و إقدام علی الضّرر کما لو علم به من حین العقد فالمسامحه و المماطله مع أنّها خلاف العاده العقلائیّه کاشف نوعیّ عن ارتضاء العقد و اختیاره الموجب لسقوط خیاره و هذا بخلاف المقام فإنّ الضّرر مستند إلی تأخیر الثمن المتجدّد بدوام التأخیر فی کلّ آن فعدم المبادره إلی الفسخ غایته الکشف عن الرّضا بالضّرر الفعلی فلا یوجب سقوط الخیار لسبب الضّرر المستقبل فمقتضی حدیث نفی الضّرر ثبوت الخیار له فی کلّ آن من غیر حاجه إلی الاستصحاب فلا تغفل

قوله قدّس سرّه و کیف کان فالقول بالتراخی لا یخلو عن قوّه إمّا لظهور النصّ و إمّا للاستصحاب إلی آخره

أمّا ظهور النصّ ففی محلّ المنع إذ لیس لنا لفظ نستظهر منه نفی اللّزوم رأسا أو فی الجمله و دعوی النسبیّه بنفی الحقیقه غیر موجهه إذ لیس فی البین عدا الإجماع و بعض القرائن علی إراده نفی اللّزوم فی الجمله فالالتزام بإهمال النصّ أمسّ بالقواعد اللّفظیّه

و أمّا استصحاب الخیار فالإشکال فیه من جهه إرجاع الشکّ إلی المقتضی علی حسب الضّابط الّذی أفاده فی محلّه حیث لم یحرز من الأدلّه بقاء هذا الخیار إلی أن یعرضه العارض فأصل المقتضی له لم یحرز إلّا فی الجمله فالمرجع إلی ما ذکرنا من التمسّک بنفس أدلّه الضّرر فتدبّر

[مسأله لو تلف المبیع بعد الثلاثه کان من البائع]

قوله قدّس سرّه لكن النّبوى أخصّ من القاعده الأولى إلى آخره

المراد من القاعده ما يستفاد من الحديث النّبوىّ المعروف المتلقّى بالقبول و هو قوله ص الخراج بالضّمان و المراد بالخراج ما يستخرج من الشّى ء من الزّيادات و المنافع فيوهم أنّ منافع الشّى ء و زياداته فى مقابل دركه و خسارته فكلّ من يستوفى المنافع كانت العين مضمونه عليه و لذا حكم الشّيخ قدّس سرّه فى المبسوط بأنّ نماء المبيع المردود بخيار العيب قبل القبض للبائع بمقتضى ضمانه و لكنّه مبنىّ على الأصل الّذى هو المختار عنده من عدم حصول النّقل و الانتقال التّام قبل انقضاء الخيار و أمّا على الأصل الّذى هو المشهور بل أرسلوه من المسلّمات من حصول الملكيه التّامّه بالعقد و جميع المنافع و الزّيادات لمالكه أى المشترى فربّما يوهم التّعارض بين تلك القاعده و القاعده الأخرى مسلّمه أيضا و هى أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه

و لكن لا يخفى أنّ معنى الحديث الخراج بالضّمان أنّ الشّى ء بعد ما ضمنه الإنسان و تضمّنه و دخل فى ملكه فمع قطع النّظر عن عروض العوارض عليه يكون تكفّله عليه من حفظه و إصلاحه و الإنفاق

عليه لو كـان حيوانـا و لو تلف كـان من كيسه بـإزاء ما يسـتوفى منه من منافعه و زياداته و هـذا لا ينافى أن يقع فى عهـده الغير و ضمـانه بتلف أو غصب أو عـاريه مضـمونه و غير ذلـك كمـا لا ينـافى أن يكون العين فى عهـده مالكه و لكن كان منافعه للغير بسـبب آخر فالمراد بالضـمان نفس التعهّـد الحاصل للمشترى بالعقد و دخول المبيع فى ملكه بإزاء ثمنه كما يشـهد بذلك ما فى الخبر الوضـيعه بعـد الضّـمنيه حرام إلى آخره حيث أطلق الضّـمنيه على نفس العقـد بـل إطلاق العقـد عليه أيضا بتلك الملاحظه حيث إنّه لغه العهد أو العهد المؤكّد

و بالجمله فهـذا الضّـمان لا ينافى مع ما يحصل من سائر الأسـباب الاتّفاقيّه من اليد أو التّلف و نحوهما فلا ينافى مع ضـمان البائع قبل القبض تعبّدا بل كلّها وارد عليه فإن شئت عبّر عن هذا الضّمان بضمان التكفّل و عن تلك الضّمانات بضمان الغرامه كما عبّر كـذلك بعض السّاده الأجلّه كما لا ينافى مع القاعده الأخرى و هى أنّ التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له بذاك البيان الّذى قلنا فإنّ كلّ ذلك لأجل جهات خارجه عن المعامله

و كيف كان فالمسأله منقّحه خاليه عن الشّـبهه نعم الّـذى يوجب التحيّر فى المقام التّفصـيل الّذى نقل عن بعض الأجلّه من أنّه لو تلف المـبيع بعـد الثلاثـه كـان من البـائع و لو تلف فى الثّلاثـه فمن المشـترى فـإنّه لا يوجّه بوجه من الوجوه بـل يوهم أن يكون التّفصيل بالعكس بتوهّم المعارضه بين قاعده التّلف قبل القبض و قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له و تقديم الثّانيه مع أنّه أيضا فاسـد حيث إنّ الثّانيه مخصوصه ببعض الخيارات أوّلا و موردها التّلف بعد القبض فلا يعارض مع هذه أبدا ثانيا و كيف كان فينبغى التأمّل و التتبّع لعلّه وقع اشتباه فى النّقل فراجع و تأمّل

[القول فى الشروط]

[الكلام فى شروط صحّه الشّرط]

[أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلّف]

قوله قـدّس سرّه الكلام فى شـروط صـحّه الشّـرط و هى أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلّف إلى آخره

لا يخفى أنّ اشتراط هـذا العنوان يوجب اختصاصه بما إذا كان الشّـرط من مقوله الأفعال و أمّا اشتراط الوصف الحالى فى المبيع مثلا فلا يتّصف بالقـدره و عـدمها إلّا بإرجاعه إلى التّسـليم بشـرط كـذا و كذا و كذلك اشتراط بعض النّتائج الغير المتوقّفه على سبب خاص المتحقّق بنفس الشّرط فإنّه لا إشكال فى صحّته كما اعترف به مع أنه لا يتّصف بالمقدوريّه

نعم لو كـان مرجع الشّـرط إلى إيجـاد الأسـباب فهو كـاشتراط الفعـل و حينئـذ فالأولى التّعبير بكون مـا يشترط تحت سـلطانه و استيلائه فيعمّ الأفعال التوليديّه و المباشـريّه و غيرها من الشّـروط الجائزه ككون العبد كاتبا فإنّه يسلّط على الوصف بسلطنته على العين و كـذلك فى الغايـات المتوقّفه على الأسـباب و غيرها غايته مرجعه فى الأوّل إلى اشتراط إيجاد السّـبب و فى الثّانى بنفس

الاشتراط

و بالجمله فالمعتبر أن يكون الشّرط مملوكا للمشروط عليه كما اعتبر فی باب الإجاره كذلك فيعمّ الأعيان و المنافع و الأوصاف و غيرها و الأفعال بجميع أقسامها و وجه اعتباره أيضا أوضح من اعتبار القدره فإنّ الشّرط أعدّ لنقل ما يصحّ نقله بسائر العقود و ما لا يصحّ نقله بها فلا بدّ كالبيع و الإجاره و غيرهما أن يكون مملوكا للشارط و إلّا فهو من قبيل وهب الأمير ما لا يملك

و على أىّ حال ما كان فعلا للشّارط فلا بدّ أن يكون تحت قدرته إمّا ابتداء كالأفعال المباشريّه أو بتوسيط سببه على وجه لم يكن بين السّبب و المسبّب أمور غير اختياريّه الموجبه لحصول الغايه تاره و عدم حصولها أخرى

كاشتراط جعل الزّرع سنبلا و البسر رطبا فإنّ هذه الأمور من أفعال اللّه تبارك و تعالى بتوسيط أمور خفيّه و غير خفيّه يكون فعل العبد و هو الزّرع و السّقى و نحوهما مجرّد إعداد لها فلا يصحّ استناده إلى العبد و عدّه من أفعاله كما لا يخفى

و أمّا ما كان من قبيل أوصاف المبيع فلا بدّ أن يكون خاليا بحيث يقدر الشّارط على أن يسلمه تبعا للعين فإن لم يكن خاليا مثل الأوصاف الّتى يمكن تحقّقها كما يجوز عدمه ككون الزّرع سنبلا أيضا بناء على اشتراط اعتباره وصفا للمبيع لا فعلا للشّارط إذ يصحّ اعتباره بكلا الوجهين و اشتراط القدره احتراز عنه بكلا وجهيه فلا يجوز اشتراط لما ذكرنا من عدم كون الوصف الغير الفعلىّ مملوكا له و تحت سلطنته

و ما كان من قبيل شرط النّتائج مثل كون المال المخصوص لزيد مثلا فالقدره عليه حصوله بنفس الاشتراط من غير حاجه لى سبب خاص فاشتراط كون زوجته مطلّقه أو أمته حرّه و أمثال ذلك باطل جدّا نعم يصحّ اشتراط إيجاد السّبب مثل أن يعتق عبده مثلا فلا مانع منه من تلك الجهه لكونه تحت سلطنته لو لم يكن فيه محذور من جهه أخرى فتأمل جيدا

[الثّانى أن يكون الشّرط سائغا فى نفسه]

قوله قدّس سرّه الثّانى أن يكون الشّرط سائغا فى نفسه إلى آخره

الظّاهر أنّ ذكر هذا الشّرط مستدرك لإرجاعه إلى اشتراط القدره فإنّ الممتنع شرعا كالممتنع عقلا و كذلك على ما ذكرنا من اعتبار كونه مملوكا له إذ بالنّهى الشّرعى يخرج عن تحت سلطنته و مملوكيته مضافا إلى أنّ مرجع اشتراط المحرّم إلى الاشتراط المخالف للكتاب فيكون من مصاديق المسأله الآتيه فتأمّل و لا تغفل

[الثّالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء]

قوله قدّس سرّه الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء إلى آخره

و لو لم يوجب زياده فى الماليّه و لم يجعل بإزائه المال أيضا فإنّ الشّرط على أىّ حال لا يقع بإزائه الثّمن و لا يقصد فى العقد أصاله فلا يلزم أن يكون له الماليّه و هذا بخلاف باب الإجاره فإن تمام الغرض هناك انتقال المنفعه فلا بدّ أن تكون لها ماليّه و تكون عائده إلى المستأجر بإزاء ثمنه و لذا لا يصحّ إجاره العبادات الغير القابله للنّيابه

و كيف كان حيث إنّ المدار على كون الغرض معتدّا به عند العقلاء فربّما يشكّ فى بعض مصاديقه مثل اشتراط كون العبد كافرا أو جاهلا بالعبادات أو آكلا لأشياء مخصوصه و الضّابط عدم اللغويّه على وجه يوجب ثبوت حقّ للمشروط له على الشّارط فتأمل جيّدا

[الرّابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

قوله قدّس سرّه الرّابع أن لا يكون مخالفا للكتاب إلى آخره

و هذا هو العمده في باب الشّروط و الدّليل عليه الأخبار المتضافره بين ما هو مضمونه بطلان الشّرط المخالف للكتاب أو بطلان ما ليس فى كتاب اللّه أو ما كان سوى كتاب اللّه أو ما كان ممّا حرّم حلالا أو أحلّ حراما

و فى صحيحه ابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب اللّه عزّ و جل فلا يجوز على الّذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب اللّه إلى غير ذلك من العناوين و فى عدّ اشتراط الولاء لغير المعتق مخالفا للكتاب كما فى بعض هذه الأخبار دلاله على أنّ المراد أعمّ من الكتاب و السّنه كما صرّح به فى روايه محمّد بن قيس فيمن تزوّج امرأه و اشترطت عليه أنّ بيدها الجماع و الطّلاق قال ع خالفت السّنه و ولّيت حقّا لست أهلا له إلى آخره

فالضّابط أن لا يكون مخالفا للمشروع و على هذا فلا فرق بين اعتبار الموافقه أو عدم المخالفه إذ لو لم يكن مخالفا للمشروع فلا محاله يكون موافقا لأحد العمومات و الإطلاقات الوارده فى الكتاب و السّنه فمرجع جميع هذه العناوين إلى ما ذكرنا من عدم المخالفه للمشروع كما

لا فرق بين كون نفس الشّرط أى الملتزم به مخالفا للكتاب أو الالتزام به كاشتراط عدم التسرّى و التّزويج كما مثّل به قدّس سرّه بناء على استفاده عدم جوازه من الأخبار و لكنّها لا تخلو عن إشكال فإنّه ورد فى روايتين على ما نقل قدّس سرّه

إحداهما روايه منصور بن يونس و هى و إن دلّت على التّوبيخ عليه حيث قال ع بئس ما صنع لكنّها مصرّحه بنفوذ الشّرط و وجوب الوفاء به مستشهدا بقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله المسلمون عند شروطهم و ثانيتهما روايه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام و هى و إن كانت ظاهره فى عدم نفوذ الشّرط لكن مفروض السّائل تعليق الطّلاق و أنّه إن تزوّج عليها أو هجرها أو أتى عليها سريّه فهى طالق فيمكن أن يكون عدم نفوذه لتعليق الطّلاق لا لكون الشّرط بنفسه مخالفا للمشروع اللّهمّ إلّا أن يقال استشهاد الإمام و تعليله عليه السّلام بمثل فانكحوا ما طاب لكم من النّساء و أحلّ لكم ما ملكت أيمانكم و قوله تعالى وَ اللّاتِى تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضاجِعِ يدلّ على أنّ عدم النّفوذ لأجل مخالفه الاشتراط لتلك العمومات فيتمّ المدّعى و لعلّه الوجه لأمره قدّس سرّه بالتأمّل بعد التفاته إلى ما ذكرنا من الإشكال فراجع و تأمّل

و كيف كان العمده فى المقام تشخيص الضّابط لمخالف الكتاب و تمييزه عن غيره فإنّه فى غايه الإشكال

و قد أطنب الكلام قدّس سرّه فى بيان الضّابط تاره بما حاصله أنّ الحكم الشّرعى لو كان ثابتا على موضوعه لو خلى و طبعه مع قطع النّظر عن الطّوارى فاشتراط خلافه ليس مخالف للكتاب فإنّه من الطّوارى المغيّره له فلا ينافى كونه لو خلّى و طبعه مباحا و لكن صار واجبا بعروض الاشتراط أو النذر و العهد أو بأمر الوالدين و غيرهما ممّن يجب إطاعته و إن كان ثابتا لمتعلّقه بجميع حالاته و طواريه فاشتراط الخلاف مخالف للكتاب و أخرى بما حاصله الفرق بين كون ثبوت الحكم المتعلّقه على وجه العليّه أو وجه الاقتضاء فلا ينافيه اشتراط الخلاف إلى غير ذلك ممّا يكون من قبيل الإحاله إلى المجهول و الّذى ينبغى أن يقال فى المقام أنّ الشّرط أى ما يتعلّق به الشّرط تاره من الوضعيّات الشّرعيّه

و أخرى من التّكاليف الخمسه التكليفيّه كاشتراط ترك واجب أو مباح أو فعل محرّم أو مكروه و نحو ذلك

أمّا الوضعيّات فتاره من الأمور الّتى جعلها الشّارع تحت سلطنه الشارط و أعطاه زمام اختياره كما فى باب الحقوق و الأموال و أخرى ليست من هذه الأمور مثل كون الولاء لمن أعتق و ولد الحرّ حرّ أو الطّلاق بيد من أخذ بالسّاق و غير ذلك من الأمور الّتى ليست تحت اختيار المكلّف بوجه أمّا هذا القسم من الوضع فلا ينبغى الشّبهه فى أن اشتراط خلافها مخالف للمشروع جدّا إلّا أن يقوم دليل خاصّ على جواز تغييره بالشّرط أو النّذر و نحوهما و من هذا القبيل اشتراط إرث المتمتّع بها أو رقّيه من كان أحد أبويه حرّا فإنّ الإشكال فيها من جهه تعارض النّصوص فمن يدّعى جوازه يدّعيه لسبب نصّ خاصّ و إلّا لا يكاد يصحّ تبدّله بالشّرط و نحوه كما لا يخفى كما لا ينبغى الشّبهه فى التبدّل بالشّرط فيما إذا كان من قبيل القسم الأوّل أى الحقوق و الأموال إذا المفروض سلطنه عليها و كون اختيار بيده هنا فيتصرّف فيها كيف ما شاء و قد أشرنا سابقا أنّ الشّرط وضع لتملّك ما لا يصحّ تملّكه بالبيع و الإجاره و غيرها فيعرض عن حقّ خياره فى المجلس و غيره أو كون مال كذا لزيد أو غير ذلك و هذا أيضا ليس على وجه العليّه لإمكان قيام دليل خاصّ

على المنع من التصرّف الخاصّ كبيع المصحف من الكافر و ما يكون من نظائره فتأمل جيدا

و أمّا ما كان من قبيل التّكاليف فالظاهر أنّ الالتزام بترك الواجب أو فعل المحرّم نوعا خلاف المشروع بل لا ينبغى الشّبهه فيه لمكان إطلاق دليلهما التّأمل لصوره الالتزام بالخلاف و عدمها فيكون مخالفا للكتاب و محلّلا للحرام إلّا أن يقوم دليل خاصّ على جواز تغييره بالشّرط كسائر العوارض المجوّزه لفعل الحرام و ترك الواجب و دليل وجوب الوفاء بالشّرط لا يصلح لذلك لاشتراطه بعدم كونه مخالفا للكتاب و محلّلا للحرام فلا يقع التّعارض بين دليل التّكليف و أدلّه الشّرط أبدا كما توهّم و قيل بالرّجوع إلى المرجّحات و كيف كان فهذا وظيفه دليل آخر غير دليل الشّرط أو كان دليل الواجب أو المحرّم مهملا من تلك الجهه أى لم يكن له إطلاق حتّى فى صوره اشتراط خلافه و هذا و إن كان مجرّد الفرض إلّا أنّ على تقدير تحقّقه فالمرجع إلى الأصل الّذى ينقّح تفصيلا فهذا أحد موارد الشكّ الّتى تحتاج إلى الأصل و كذلك فيما إذا تعارض الأدلّه فى جواز تغيير الحكم بالشرط و الشّبهه و إن كانت مفهوميّه بل الشكّ من جهه الموضوع فى أمثال المسأله قليل جدا و لكن مع ذلك لا مجال للرّجوع إلى العالم لكون المخصّص متّصلا فيوجب إجماله فراجع و تأمّل

و أما المباحات فالالتزام بتركها أو فعلها ليس مخالف للمشروع لعدم منافاه وجوبها بالعرض مع إباحتها كما لا يخفى نعم قد يقال بأنّ نفس الالتزام محرّم للحلال و إن لم يكن الملتزم به مخالف للكتاب لما قيل من عدم المنافاه بل يلزم ذلك فى مثل النّذر و العهد و ما يشبههما أيضا حيث إنّ الالتزام بترك المباح محرّم له لا محاله فيعمّه تلك الأدلّه مع أنّ جميع موارد الالتزامات الصّحيحه إمّا التزام بفعل مباح أو مندوب أو ترك مباح أو مكروه فكيف التّوفيق

و يمكن استفاده ما يذبّ به عن الإشكال ممّا ورد فى بعض الأخبار من بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما معلّلا بأنّه ليس لك أن تحرّم ما أحلّ اللّه فيمكن أن يقال بأنّ الالتزام على ترك المباح تاره التزام بترك مصداق منه أو بتركه مطلقا فى برهه من الزّمان و هذا لا بأس به لعدم مخالفته للكتاب لا من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم و أخرى التزام بترك نوع مباح دائما كالحلف على ترك شرب العصير دائما و حينئذ يكون التزامه محرّما لما أحلّه اللّه كما فى الرّوايه

و بالجمله يمكن الفرق بين الالتزام على ترك مباح نوعا أو بعض مصاديقه و كذلك بين تركه دائما أو فى برهه من الزّمان و يكون ذلك توفيقا بين الأدلّه على حسب ما تقتضيه الرّوايه الوارده فى العصير و الإنصاف أنّه لو لم تكن تلك الرّوايه كانت المسأله محلّ الشّبهه فتأمل جيّدا

ثمّ إنّ بناء على هذا التّفصيل فالقدر المسلّم من صحّه الالتزام ما إذا كان على بعض مصاديق المباح أو نوعه فى برهه قليله من الزمان و من عدم صحّه الالتزام ما إذا كان على نوع المباح دائما و أمّا الالتزام على بعض مصاديقه دائما أو على نوعه فى مدّه متماديه فيكون من موارد الشكّ فالمرجع إلى الأصل و كيف كان فالمسأله لا يخلو عن التأمّل و الإشكال فى بعض الموارد و أنحاء الالتزامات فالأولى تأسيس ما يقتضيه الأصل فيها حتى يكون هو المرجع فى هذه المقامات

و الّذى أفاده قدّس سرّه هنا أنّ المرجع عند الشكّ فى مشروعيّه الشرط أصاله عدم مخالفته للكتاب خلافا لما اختاره فى أصوله

و عقد تنبيها خاصا لعدم جريان هذا الأصل

فى تنبيهات الاستصحاب لأنّ المخالفه ليست مسبوقه بالعدم مع فرض وجود موضوعه حتى يحكم باستمرار العدم إذ الشّرط إمّا وجد مخالفا أو غير مخالف فلا محاله يكون استصحاب عدم المخالفه بلحاظ العدم السّابق على وجود موضوعها من حيث كونها بنفسها من الحوادث المسبوقه بالعدم الأزلى لا محاله و بهذا اللّحاظ أى بلحاظ عدمها النّفسى المحمولىّ لم يؤخذ موضوعا بل أخذ بلحاظ عدمها النّعتى أى عدم كون الشّرط مخالفا و بهذا الاعتبار ليس مسبوقا بالحاله السّابقه

و حاصل الإشكال على هذا الأصل أنّ عنوان المخالفه بوجوده النّفسى المحمولى و إن كان مسبوقا بالعدم لا محاله لكن إثباته لا يكاد يثبت الموضوع الشّرعى و لا يكاد يلتئم به الموضوع المقيّد و يحرز بضمّ الوجدان إلى الأصل حتّى يترتّب عليه حكمه إلّا بنحو من الملازمه العقليّه الّتى لا اعتبار بها فى الأصول على ما حقّق فى محلّه و بوجوده النّعتى الرّابطى إذا استصحب عدمه يلتئم منه الموضوع و لكنّه غير مسبوق بالعدم الكفائى لوضوح أنّ العدم لا يكاد يصير نعتا لموضوعه إلّا يتحقّق الموضوع غير متّصف بالوصف فيصير عدم الوصف نعتا له إمّا قبل وجود الموضوع فليس إلّا العدم المحمولى

و لقد أجاد قدّس سرّه فى تنبيهات الاستصحاب فى بيان الضّابط بين العدم النّفسى و النّعتى و عدم جريان الأصل فى الثّانى دون الأوّل و كأنّه عدل عنه و بنى على جريان هذا الأصل

و حيث إنّه أصل دائر فى كثير من المسائل الفقهيّه فلا بأس بشرط من الكلام فيه و بيان ما هو التّحقيق فيه فى الجمله فنقول إذا أخذ قيد فى موضوع الحكم الشّرعى وجودا أو عدما فتاره من قبيل العرض و محلّه و أخرى من قبيل الجوهرين مثل كون زيد و عدم كون عمر و معه مثلا أو عرضين لموضوعين أو لموضوع واحد خارج عن موضوع الحكم

أمّا ما لم يكن من قبيل العرض و موضوعه فجريان الاستصحاب فى كلّ واحد من الجزءين مبنى على مسأله معلومى التّاريخ و مجهولى التّاريخ فإن كان أحدهما معلوما كموت المورّث و الآخر مجهولا كإسلام الوارث مثلا يستصحب عدمه إلى زمان الآخر فيلتئم الموضوع بضمّ الوجدان إلى الأصل و يترتّب عليه الحكم الشّرعى أو نقيضه إذا كان المأخوذ فى لسان الدّليل مجرّد كون الحادثين مجتمعين فى سلسله الزّمان أو كان أحدهما قبل الآخر أو بعده كذلك من دون اعتبار عنوان بسيط من العناوين المنتزعه عن ذلك كالتّقارن و التقدّم و التأخّر حتى عنوان الحال و شبهه و إلّا فجريان الأصل لا يكاد يثبت هذا العنوان كما لا يخفى

نعم لو كان كلاهما مجهولى التّاريخ فالأصلان فيهما متعارضان متساقطان كما شرح فى محلّه و أمّا ما كان من قبيل العرض و موضوعه فتاره يكون العرض نعتا لموضوعه مسبوقا بالوجود أو العدم مثل أنّ زيدا كان عادلا فيشكّ فيستصحب عدالته أو كان و لم يكن بفاسق فيستصحب عدم فسقه و هذا ممّا لا إشكال فيه و إنّما الإشكال فى استصحاب عدمه المحمولى أى بلحاظ عدم السّابق على وجود موضوعه فيما إذا لم يكن بوصفه النّعتى مسبوقا بالوجود أو العدم بل موضوعه إمّا وجد متّصفا به أو غير متّصف به من أوّل الأمر و هذا مبنىّ على إمكان أخذه بهذا اللّحاظ فى موضوع الدّليل ثبوتا و إثباتا حتّى يلتئم الموضوع ببركه الاستصحاب و ضمّ الوجدان إلى الأصل

و الأقوى عدم إمكان أخذه كذلك أى بوجوده النّفسى المحمولى أو عدمه كذلك لا ثبوتا و لا إثباتا أمّا من حيث الثّبوت فلأنّ المعروض بالنّسبه إلى انقسامه إلى هذا

العرض و نقيضه إمّا أن يكون مطلقا فتقيّده بعدم كون العرض بوجوده المحمولى مقارنا له يدافع مع هذا الإطلاق لبداهه أنّ الملازمه العقليّه مرعيّه بحسب الواقع و نفس الأمر و إنّما لم يعيّن بها فى مقام إجراء الأصول و وجود العرض بنفسه و لنفسه عين وجوده لموضوعه فإذا فرضنا أنّ المعروض من حيث انقساماته الأوّليّه الملحوظه قبل انقساماته من حيث الأمور المقارنه له مطلق غير مقيّد لا بوجود العرض نعتا له و لا بعدمه فتقيّده بعدمه المحمولى يدافع مع هذا الإطلاق لا محاله و إن كان مقيّدا به أو بنقيضه على وجه النّعتيه فتقيّده به كذلك أى كونه أمرا مقارنا له لغو صرف لأجل الملازمه الواقعيّه بين نحويه من الموجود مثلا فى قولنا أكرم العالم إذا كان العالم من حيث انقسامه إلى الفاسق و نقيضه مطلقا غير مقيّد لا به و لا بنقيضه فتقييده أيضا بعدم وجود فسقه مقارنا لوجوده يدافع مع هذا الإطلاق و يناقضه لا محاله و إن كان مقيّدا بعدم كونه فاسقا فتقيّده أيضا بعدم وجود الفسق فى زمانه تقييد لغو مستهجن فيتعيّن أن يكون العرض ملحوظا على وجه النّعتيه فى مقام الإطلاق و التّقييد بالنّسبه إلى مفروضه و لا تصل النّوبه إلى لحاظه عرضا و محمولا لما أشرنا إليه من أنّ لحاظ الموضوع إطلاقا أو تقييدا بالنّسبه إلى عوارضه و انقساماته الطاريه عليه أوّلا مقدّم على لحاظه باعتبار مقارناته فإطلاق الموضوع أو تقييده بالنّسبه إلى عوارضه إنّما يلاحظ بوجوداتها النّعتيه و لا يعقل الإطلاق و لا التّقييد بلحاظ وجوداتها النّفسيه و بما هى أشياء فى حدّ نفسها مباينه لوجود موضوعاتها فتأمل جيّدا

و أمّا من حيث الإثبات و ملاحظه الأدلّه فلأن أخذ القيد فى موضوع الحكم تاره بنحو المركّب التّوصيفى كقولك أكرم العالم العادل مثلا و اعتباره نعتا لموضوعه بديهىّ فى هذا القسم و استصحاب وجود العداله مقارنا للعالم لا يثبت عنوان العالم العادل كما هو واضح و أخرى بدليل منفصل كقولك لا تكرم الفاسق من العالم بعد الحكم بإكرام العالم مطلقا

و هذا القسم أيضا يكشف الدّليل المنفصل عن اعتبار نقيضه العدمى أى من ليس بفاسق فى مصبّ العموم و يخرج العام عن كونه تمام الموضوع فيساوق التّوصيف غايته بعنوان عدمى الّذى هو نقيض الخارج

و ما أفيد فى المقام من بعض أساتيدنا الأعلام طاب ثراه من عدم معنونيّه العام بعنوان النّقيض بل هو معنون بكل عنوان فيعمّ صوره لحقوق العرض عليه بوجوده المحمولى فيستصحب عدمه الأزلى و ببركته يدخل فى موضوع العام و يعمّه حكمه مرجعه إلى عدم التّخصيص المفروض وجوده فيلزم الخلف لبداهه أنّ بعد خروج عنوان الفاسق مثلا عن تحت العام فلا محاله تضيّق موضوع الحكم و مصب العموم و لا يبقى انقسامه إلى الخارج و نقيضه و لا نعنى بالتّقييد إلّا هذا

نعم إطلاقه بالنّسبه إلى وجود العرض و عدمه بما هو أمر مقارن له و إن لم ينثلم بالتّقييد اللّفظى فإنّ الخارج إنما هو بعنوانه النّعتى و نقيضه الّذى يقع فى مصبّ العموم كذلك لا محاله و لكن قد عرفت أنّ بعد هذا التّقييد لا يكاد يبقى ذلك الإطلاق و إلّا يتدافعان لأجل الملازمه الواقعيّه

و توضيح المقام بأزيد من هذا البيان موكول إلى محلّه و كيف كان فهذا القسم أيضا بعد وقوع نقيض الخارج فى مصبّ العموم مرجعه إلى التّقييد بالمتّصل و ثالثه يكون بنحو الاستثناء كقولك أكرم العالم إلّا الفاسق منهم و هذا أيضا كالمنفصل فى تضييق مصبّ العموم و تقييده بنقيض الخارج بل هو أولى كما لا يخفى على المتأمّل فتأمل و رابعه يكون بدليل منفصل لكن على نحو

يكون التّقييد واردا على عنوان الوصف كما هو الشّائع المتعارف فى ألسنه العلماء و لا يخلو لسان الأدلّه

عنه أيضا كقولهم يشترط فى الإمام العداله و الذكوريّه و الحريّه مثلا ـ و هذا القسم مع قطع النّظر عما ذكرنا فى مرحله الثّبوت يمكن فى مقام الإثبات أن يكون اعتبار الوصف فى موضوع الحكم بجواز الاقتداء بوجوده النّفسى المحمولى بأن يكون الشّرط فى جواز الاقتداء مثلا كون العداله و الحريّه و نحوهما موجوده فى زمان وجود الإمام و مقارنه لوجوده لا نعتا له بأن يكون عادلا أو حرّا مثلا و هذا مع قطع النّظر عن كونه تقييدا مستهجنا ربما يقطع بعدمه و عدم إرادته لو فرض وقوعه فى لسان الأدله غايته أنّه يوجب الشكّ فى أحد النّحوين و هما كيفيّتان متباينتان من التّقييد فلا بدّ من إحراز القيد بكلا الوجهين فلا بد أن يكون الوصف بكلا نحويه مسبوقا بالوجود أو العدم بل إثبات عدمه نعتا يلازم عدمه مقارنا و لا عكس فتأمل جيدا

و بالجمله فقد ظهر أن بحسب لسان الأدلّه إنّما أخذ الأوصاف الّتى نسبتها إلى موضوع الحكم نسبه العرض إلى محلّه على وجه النّعتيه و الصّفتيه لا بوجوداتها النفسيّه و بما هى ماهيّات فى حيال ذاتها فلا بدّ فى إحرازها بالاستصحاب أن تكون مسبوقه بالحاله السّابقه بما هى نعوت لموضوعاتها و إحراز عدمها الأزلى بما هى ماهيات فى قبال موضوعاتها لا يثبت عنوان نعتيّتها إلّا بالملازمه العقليّه الغير المرعيّه فى الأصول العمليّه على ما حقّق فى محلّه و حينئذ فاللازم تنقيح أنّها بوجوداتها النعتيّه مسبوقه بالعدم حتّى يستصحب عدمها أو ليست مسبوقه بالعدم كذلك فلم يكن مجال للاستصحاب و صحّه الاستصحاب هنا مساوقه لما هو المعروف عند المنطقيّين من صداق السّالبه بانتفاء الموضوع و عليه بنوا الفرق بين السّالبه المحصّله و الموجبه المعدوله المحمول و لكن المرضىّ عند المحقّقين أنّه من الأغلاط كما صرّح به الحكيم السّبزوارى فى حاشيته على الأسفار و إن تبعهم فى منظومته فى المنطق و كيف كان توضيح المقام مبنىّ على بيان إجمالىّ فى حقيقه الرّبط و النّسبه فى القضيّه و أنّه من ناحيه الماهيّه بمعنى أنّ الماهيات العرضيّه مع قطع النّظر عن وجوداتها لها جهه نفسيّه و جهه ربطيّه بموضوعاتها فإذا كانت الماهيّه بكلتا جهتيها مسبوقه بالعدم فنعتيّتها لموضوعها تكون مسبوقه بالعدم الأزلى فيصح استصحاب عدمها بنحو من العنايه و أنّ الرّبط و النّسبه بأنفسهما ماهيّه ثالثه خارجه عن ماهيّه الموضوع و المحمول و هى المادّه المشتركه الّتى يرد عليها الإيجاب تاره و السّلب أخرى فيكون عنوان الرّبط بنفسه كسائر الماهيات مسبوقا بالعدم فيستصحب استمرار العدم و عدم طرده بالوجود أو أنّه معنى منتزع من ناحيه وجود العرض و الماهيّه بنفسها ليست إلّا هى تاره يلحقها الوجود المحمولى الطارد لعدمه كذلك و أخرى باقيه على عدمها فالنعتيّه و الربطيّه و الاتّصاف و غيرها كلّما شئت فعبّر عناوين منتزعه عن خصوصيّه وجود العرض و أنّه إذا وجد فى الغير لا محاله

و بعباره أخرى إذا أفيض الوجود إلى العرض و وجد فى موضوعه فلوجوده اعتباران لا ـ أنّ له وجودين فإنّه من الأغلاط اعتبار كونه بنفسه موجودا من الموجودات فى عرض موضوعه و اعتبار كونه حالا ـ فيه و قائما به و فانيا فيه فمن اعتباره الثانى ينتزع الوجود الرّبطى و النّعتى كما أنّ من اعتباره الأوّل ينتزع الوجود النّفسى المحمولى

و على هذا ليست النعتيّه مسبوقه بالعدم بل المسبوق به هو الماهيه العرضيّه الّتى تنقسم إلى الموجوده تاره و إلى المعدومه أخرى و هى الّتى نسبتها إليهما على حدّ سواء و أمّا الوجود فلا يعقل أن يعرضه العدم كما هو واضح لا يخفى و ما قيل من أنّ الوجود مسبوق بالعدم فيه مغالطه فإن معناه

أن وجود الماهيّه مسبوق بعدمها لا بعدمه بمعنى أنّ وجودها يطرد عدمها و ينقضه لا أنّ الوجود كان معدوما ثم لحقه الوجود أو يشكّ فيه فيستصحب عدمه فإنّ ذلك من الأغلاط الواضحه الّتى لا يكاد يتفوّه به ذو مسكه فإنّهما وصفان متقابلان يعرضان الماهيات فلا يعقل اتّصاف أحدهما بالآخر تاره و بنقيضه أخرى كما لا يخفى

و بالجمله الّذى يكون مسبوقا بالعدم هو الماهيّه و هى القضيّه المتيقّنه فى الاستصحاب الّتى يصحّ أن يقال إنّها كانت معدومه و الآن كما كانت و لا يصحّ أن يقال إنّ الوجود الرّبطى كان معدوما و الآن كما كان بالضّروره من العقل و البداهه من الوجدان

فقد ظهر من ذلك كلّه أنّ الربطيّه و النعتيّه و غيرهما من العناوين منتزعه عن وجود العرض و تحقّقه فى الخارج قائما بموضوعه و فانيا فيه فلا يعقل أن يكون مسبوقه بالعدم المحمولى فضلا عن النّعتى و إنّما المسبوق به ذات العرض بما هو عرض لا بما هو عرضىّ فافهم و اغتنم و قد ظهر أنّ هذا مساوق لكذب القضيه السالبه بانتفاء الموضوع كما قال به أهل التّحقيق

نعم بناء على الوجهين الأوّلين و هو أن يكون الربطيّه من قبل ذات الماهيّه العرضيّه أو تكون الماهيّه ثالثه رابطه بين الموضوع و المحمول فإذا كانت الماهيّه بخصوصيّاتها مسبوقه بالعدم فيصحّ أن يقال خصوصيّتها النعتيه كذلك مسبوقه بالعدم و أوضح من ذلك الوجه الثّانى لوضوح أنّ عنوان الربطيّه إذا كانت ماهيّه من الماهيّات فمسبوقه بالعدم لا محاله فيصحّ الاستصحاب و كذلك يصحّ قولهم بصدق السّالبه بانتفاء الموضوع فإنّ نفى الرّبط كما يصدق مع وجود الموضوع كذلك يصدق مع عدمه أيضا و لعلّه يرجع إلى ما ذكرنا من الوجهين الخلاف المحكىّ بين القدماء من المنطقيين و الجماعه المتأخّره عنهم من أن مفاد السّالبه هو سلب الرّبط الّذى فى الموجبه بمعنى أنّ الإيجاب فى الموجبه عباره عن نسبه المحمول إلى الموضوع فيرد على مادّه المحمول و فى السّالبه يرد السّلب على هذه النّسبه الإيجابيّه و لازمه عدم وجود السّلب و الإيجاب على شى ء واحد

و هذا خلاف ما يقضى به الوجدان لبداهه أنّ ما يثبت للموضوع فى الموجبه بعينه يسلب و ينفى فى السّالبه و كذلك لازم هذا القول خلوّ القضيّه السّالبه عن الرّبط و النّسبه و هذا أيضا ممّا لا يساعده الضّروره من الوجدان و لذا عدل عن ذلك الجماعه المتأخّره و قالوا بأنّ مفادها ربط السّلب أى السّلب و الإيجاب يردان على النّسبه الخبريّه على حذو واحد و هى الماده المشتركه فى كلتا القضيّتين الخارجه عن مادّتى الموضوع و المحمول و لازمه القول بتربيع أجزاء القضيّه كما قالوا و هذا الوجه و إن كان أصلح من الوجه الأوّل إلّا أنّه أيضا خلاف التّحقيق و يصادمه الوجدان الدّقيق إذ من البديهى فى استعمالاتنا و محاوراتنا أن النسبه ليست شيئا برأسها و جزءا للقضيّه بنفسها إذ لازمه أن يكون من سنخ الماهيات مع أنّها منحصره فى المعقولات المعروفه مضافا إلى أنّ بناء عليه تحتاج بنفسها إلى ما يربطها بطرفيها فافهم جيّدا

و قد خرجنا عمّا هو المقصود فى المقام

و كيف كان فعلى هذين الوجهين يتمّ استصحاب الأعراض بوجوداتها النّعتيّه كما يصحّ صدق السّالبه بانتفاء الموضوع أيضا و لكن على ما هو تحقيق الحقّ فى المقام كما قال به المتأخّرون من أهل الصّناعه من أنّ النّسبه فى حاق حقيقتها منقسمه إلى ثبوتيّه و سلبيّه و أنّها بكلا قسميها وارده على مادّه المحمول فالإيجاب عباره عن ثبوت المحمول العرضى لموضوعه كما أنّ

السّلب

سلب المحمول عن موضوعه و أنّه غير متّصف به و غير معنون بعنوانه و مرجعه إلى ما ذكرناه و اخترناه على ما يساعد عليه الوجدان فى الاستعمالات و المحاورات من أنّ النسبه الثبوتيّه أمر منتزع عن نفس وجود العرض فى محلّه و قيامه به و فنائه فيه كما أنّ السلبيّه عباره عن عدم قيام العرض بمحلّه فيصير ذلک وصفا أو عنوانا عدميّا للموضوع لا محاله و هذا معنى قولهم النسبه فى حاقّ حقيقتها تنقسم إلى الثّبوتيّه و السّلبيّه

و يشهد لذلک ما بنوا عليه و حقّقوه من أنّ كلّ واحد من الوجود و العدم ينقسم إلى النفسىّ المحمولىّ و الرابطىّ نعم قد استشكل صدر المتألّهين فى العدم الرّبطى نظرا إلى أنّ العدم كيف يكون رابطا مع أنّه لا يصلح لأن يكون منشأ لأثر بل الآثار كلّها من قبل الوجود و هو منشؤها و مبدؤها و لذا قد مال فى حقيقه النّسبه إلى ما ذهب إليه المتقدّمون من أنّ النّسبه السلبيّه سلب ما فى القضيّه الإيجابيّه غفله عن تواليه الفاسده و محاذيره الّتى أشير إليها فى الجمله مع مصادمته للضّروره و الوجدان

□

و قد أجاد شيخنا الأنصارى قدّس سرّه و كيف أجاد بل لعلّه ممّا أجرى اللّه تعالى على قلمه من التّعبير عن العدم الرّبطى بالنّعتى و به يحسم مادّه الإشكال لوضوح صلاحيّه العدم المضاف أن يصير نعتا لمنعوته و عنوانا له و لو سلّم عدم صلاحيّته للرّبط كما توهّم

و الحاصل أنّ الذّوات كما تتّصف بالأوصاف الوجوديّه كذلک تتّصف بالأوصاف العدميّه بمعنى أن يكون عدم القيام مثلا عنوانا و وجها لزيد كما أن وجوده ربما يكون كذلک

و قد ظهر أن كلّا منهما بذاک الاعتبار ليس مسبوقا بالعدم فلا مجال لاستصحابه بل المسبوق به باعتبار وجود الوصف و عدمه المحمولى و استصحابه بذاک الاعتبار لا يثبت وجوده و عده نعتا و إن يلازمه واقعا إلّا أنّ بناء الأصول على التّفكيک بين اللّوازم و الملزومات و الملازمات كما لا يخفى

و قد ظهر أيضا أن صدق السّالبه بانتفاء الموضوع من الأغلاط الواضحه و ما يتداول فى الألسنه بنحو من العنايه لا محاله لو كان من الاستعمالات الصّحيحه فلا يزاحم مع ما ذكرنا من البيان و إقامه البرهان

نعم هناک مغالطه قد استدلّ بها القائلون بالصّدق و هى أنّه لو لم يصدق السّالبه عند انتفاء الموضوع لصدق نقيضه لا محاله و التّالى باطل بالضّروره فالمقدم مثله مثلا لو لم يصدق زيد ليس بقائم عند انتفاء الموضوع لصدق نقيضه و هو زيد قائم لامتناع ارتفاع النّقيضين و حلّه أنّ العوارض اللّاحقه للموضوعات تاره هى نفس الوجود و العدم و أخرى سائر العوارض كالقيام و القعود و نحوهما

أمّا الوجود و العدم فيلحقان ذات الموضوع بماهيّته و حقيقته العاريه عن كلا الوصفين و لذا يكون الحمل فى مثل زيد موجود مبنيا على العنايه و التّجريد و حينئذ فيهما وصفان متقابلان تقابل الإيجاب و السّلب بمعنى امتناع ارتفاعهما بالقياس إلى الماهيّات كما يمتنع اجتماعهما أيضا و لا يعقل الواسطه بينهما إذ معروضهما ذوات الماهيّات كما قلنا

و أمّا سائر العوارض فتلحق الموضوعات المفروضه وجودها فإنّها هى الّتى تصحّ قيام العرض بها أو نقيضه و انقسامها إلى القسمين و أمّا الماهيّه بذاتها مع قطع النّظر عن كونها موجوده لا تكاد تتصف بالقيام و لا بنقيضه و كذلك سائر العوارض فيكون تقابل كلّ عرض و نقيضه تقابل العدم و الملكه لورودهما على موضوع قابل لأن يتّصف بهما و هو الموضوع المفروض الوجود فيصحّ حينئذ ارتفاعهما بانتفاء موضوعه

نعم بعد فرض وجود الموضوع

لا يعقل ارتفاعهما كما لا يمكن اجتماعهما و لا يجرى ذلك بالنّسبه إلى وصفى الوجود و العدم فإنّ فرض انتفاء الموضوع مساوق لاتّصاف الماهيّه بالعدم فلا يعقل تصوّر خلوّها عن الوصفين كما لا يخفى و حينئذ نقول السّالبه عند انتفاء الموضوع بنفسها من الأغلاط لعدم صلاحيّه الموضوع بعد فرض انتفائه للحوق عدم القيام به كما لا يصلح للحوق القيام به فتأمل جيدا فإنّ قلت على هذا فلا فرق بين السّالبه المحصّله و الموجبه المعدوله المحمول من حيث الصّدق مع أنّهم قد فرّقوا بينهما باعتبار ثبوت الموضوع فى الثّانيه كما فى سائر الموجبات دون الأولى قلت نعم لا فرق بينهما بحسب الصّدق و التفرقه المذكوره عين المدّعى فمصادره

نعم فرق بينهما من جهه أخرى و هو ما أشرنا إليه من أنّ الموضوع إذا اتّصف بوصف عدميّ يصير ذلك العدم المضاف عنوانا له بلحاظ الثّانوى فالفرق بينهما هو الفرق بين العناوين الأوّليّه و الثّانويه بمعنى أنّ زيدا إذا حكم عليه بعدم القيام فينزع منه عنوان بسيط ثانويّ باللّحاظ الثّانوى فيتّصف بكونه لا قائم و لذا لو كان موضوعا لحكم شرعيّ بهذا العنوان فاستصحاب عدم اتّصافه السّابق بالعرض لا يثبت ذاك العنوان فافهم جيّدا

و كيف كان فنتيجه ما ذكرنا من التّفصيل و التّطويل و إن لم يكن خاليا عن الفائده و الإفاده لشيوع هذا الاستصحاب فى الأبواب كثيرا فلا بدّ من تنقيحه أنّ النّعوت العدميّه الّتى نسبتها إلى منعوتاتها نسبه العرض إلى موضوعه مثل عدم كون الشّرط مخالفا أو عدم كون الدّم حيضا أو عدم كون الماء كرّا أو عدم كون الامرأه قرشيّه إلى غير ذلك من الموارد العديده الّتى لا تحصى لا مجال لاستصحابها بلحاظ عدمها السّابق على وجود موضوعاتها لعدم كونها بهذا اللّحاظ مسبوقه بالعدم و بلحاظ عدمها المحمولى لم تؤخذ موضوعا لحكم بل قد عرفت امتناعه ثبوتا و عدم وقوعه إثباتا و حينئذ لو شكّ فى هذه الموارد مثل أنّ الشّرط مخالف للكتاب أم لا فلا أصل فى تلك المرحله و لكنّه حيث يوجب الشكّ فى نفوذ الشّرط فالأصل المسبّبى أى أصاله عدم نفوذ الشّرط و عدم كون المشروط عليه ملزوما به هو المحكم فافهم و اغتنم

[الشّرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

قوله قدّس سرّه الشّرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد إلى آخره

اعلم أنّ مقتضيات العقد تاره ما يقتضيه بذاته بمعنى أنّ سلب ذلك المقتضى عنه يكون مساوقا لنفيه و إبطاله و أخرى ما يقتضيه بإطلاقه سواء كان من آثاره المترتّبه عليه عرفا مثل اقتضائه للتّسليم و التسلّم و كون الثمن نقدا و كونه نقد البلد و ما يشبه ذلك أو من الأحكام الثّابته له شرعا مثل ثبوت خيار الحيوان للمشترى و خيار المجلس للمتعاقدين و نحوهما فإنّ مرجع الجميع إلى الأحكام الثّابته له شرعا غايته إمّا تأسيسا أو إمضاء و إلّا فالأثر العرفى لو لا الإمضاء الشّرعى لا مانع من اشتراط خلافه لعدم منافاته مع ذات العقد و لا يندرج تحت عموم الشّرط المخالف للكتاب فلا محذور

و كيف كان فمن المعلوم أنّ ما كان منافيا لإطلاقه لا مانع عن اشتراطه لوضوح أنّ معنى الإطلاق صلاحيّته للتّقييد و صحّه الاشتراط على خلافه فالمنع عنه من جهه أخرى لا محاله فيندرج المسأله من تلك الجهه فى المسأله السّابقه من ملاحظه كونه مخالفا للمشروع أو غير مخالف فما أفاده قدس سرّه من الوجهين لعدم الصّحه لا يجريان فى مورد واحد بل الوجه الأوّل لما كان

منافيا لذات العقد و الثّانى لما كان منافيا لما جعله الشّارع من آثاره فلا بدّ من ملاحظه دليل

ذلک الجعل من أنه جعل أثرا لذات العقد أو لإطلاقه

و على أىّ حال لا دخل له بما يقتضيه العقد من الالتزامات المنشأه به صريحا أو ضمنا مطابقه أو التزاما بل من الأحكام الثّابته له بالتّعبد فالمتّبع ملاحظه دليله و كيف كان فقد اختلط هذه المسأله بالمسأله السّابقه و لعلّه المنشأ للإشكال و صعوبه الفرق بين الموارد الّتى يصحّ الاشتراط عمّا لا يصحّ فكان حقّ المقام تخصيص البحث هنا بالآثار المترتّبه بحسب العرف و العاده على ما ينشأ بالعقد و البحث عمّا هو مقتضى ذات العقد بحيث لو لم يكن كان الإنشاء لغوا و كان اشتراط عدمه مناقضا لما أنشأه بالعقد أوّلا و ما هو مقتضى إطلاقه فاشتراط عدمه كان رافعا للإطلاق المقتضى له لا منافيا لما اقتضاه مع حفظ المقتضى كما لا يخفى على المتدبّر فتدبّر

و أمّا الآثار المجعوله على العقد شرعا التى لا ربط لها بالإنشاء العقدى و ما ينشأ به و يلتزم به المتعاقدان صريحا أو ضمنا فهى خارجه عن هذه المسأله رأسا و مندرجه فى المسأله السّابقه

و قد عرفت أنّ المتّبع ملاحظه دليل الجعل و حينئذ فتشخيص القسمين أى ما يقتضيه ذات العقد أو إطلاقه فى غايه الوضوح و كمال السهوله فإن المنشئات العقديّه تاره ينشئها العاقد أوّلا و بالذّات و يدلّ العقد عليه مطابقه مثل تمليک الأعيان فى البيع و المنافع فى الإجاره و أخرى ينشئها تبعا و ضمنا بحيث يعدّ من مداليل العقد التزاما مثل كون العوض نقد البلد أو كون ما انتقل عنه صحيحا أو غير ذلک من الأمور الّتى يتضمّنه العقد و يدلّ عليه بالدّلاله الالتزاميّه

فإن كان مرجع الاشتراط إلى ما ينافى الأوّل مثل أن يكون مرجعه إلى عدم حصول المبادله و التّمليک و التّملک مثلا فهو مناف لمقتضى العقد لا محاله للزوم المناقضه الواضحه و من هنا يظهر وجه بطلان اشتراط كون البيع بلا عوض و الإجاره بلا أجره فإنّ العوض و الأجره فى البيع و الإجاره من مقوّماتهما الّتى يدلّ العقد عليه بمدلوله اللّفظى المطابقى لما عرفت من أنّ حقيقه البيع مبادله الأعيان بالأموال و الإجاره مبادله المنافع بها فاشتراط عدمهما مناف لما أنشأ به العاقد ابتداء كما لا يخفى

و هذا بخلاف اشتراط عدم بيعه أو وقفه أو هبته مطلقا أو بشخص خاصّ فإنّه لا ينافى مع التّمليک و التّملک المنشأ بالعقد بل هو من آثاره و لوازمه المترتّبه عليه بحسب العرف و العاده لو لا الاشتراط على خلافه

نعم إذا كان مرجع الاشتراط إلى منع جميع الآثار المترتّبه على ما ينشأ بالعقد من الزّوجيه و الملكيّه و نحوهما فلا يبعد إلحاقه إلى ما ينافى لمقتضى العقد لأنّ ما ينشأ به إنّما هو طريق للوصله إلى تلک الآثار فمع اشتراط عدمها كأنّه لم ينشأ بالعقد شيئا فيلزم المناقضه و لو بنحو من العنايه و المسامحه و كذلک الأثر الظّاهر على وجه كان تمام الغرض و الغايه للعقد و كان سائر الآثار بالنسبه إليه من قبيل ضمّ الحجر إلى جنب الإنسان غير ملحوظه بنظر المتعاقدين و غير مرغوبه من العقد بحسب العرف و العاده بحيث كان انتفاؤه بنظرهم مساوقا لانتفاء العقد و لعلّ نظر المشهور فى عدم صحّه اشتراط المنع عن البيع و الهبه فى ضمن عقد البيع إلى ذلک و لكنّه ليس بجيّد لأنّ البيع بالنّسبه إلى الملكيّه ليس بهذه المثابه

نعم ربما يكون كذلک فى بعض الأعيان بالنّسبه إلى بعض الأشخاص إلّا أنّ المناط ليس على ملاحظه الأشخاص بل على ما هو

كذلك نوعا بحسب ما يقتضيه العرف و العاده و من هذا القبيل اشتراط عدم الوطى فى عقد المزاوجه فلا مانع عنه كما ورد عليه الرّوايه

نعم لا يبعد أن يكون المنع عن مطلق الاستمتاع فيه منافيا لمقتضى العقد

بذاک المعنی الّذی أشرنا إلیه و إن کان مرجعه إلی نفی الالتزامات الضّمنیه التّبعیه الّتی یتضمّنها العقد بحسب العرف و العاده فقد عرفت أنّها من مقتضیات إطلاقه المنصرف إلی ما هو المعمول فی نوع المعامله عرفا فإذا صرّح علی خلافه کالبراءه عن العیوب أو کون الثّمن مؤجّلا و نحو ذلک فلا إطلاق حتّی یکون اشتراط الخلاف منافیا لمقتضاه فلا محذور

و بالجمله فرق بین الالتزام المنشإ فی متن العقد صریحا و مطابقه و الالتزامات التّبعیه المتفرّعه علیه اللّاحقه له عند إطلاقه فاشتراط الخلاف مناف لمقتضی العقد فی القسم الأوّل دون الثّانی و یلحق بالقسم الأوّل اشتراط المنع عن جمیع الآثار أو الأثر المطلوب المرغوب من العقد بحیث یکون سائر الآثار فی جنبه وجودها کعدمها غیر مرعیّه بنظر المتعاقدین کالملکیّه فی عقد البیع بناء علی کونها من لوازم البیع حیث إنّ حقیقته مبادله المال بالمال فی الملک و إن قلنا بأنّه تملیک بالعوض فالملکیّه نفس المنشإ بالعقد

و علی أی حال اشتراط عدمها مناف لمقتضی العقد بخلاف مثل الالتزام بوصف الصّحه أو عدم تغابن العوضین أو کون الثّمن مؤجّلا و نحو ذلک فإنّها التزامات تبعیّه یقتضیها العقد بإطلاقه بحسب العرف و العاده فبالتّصریح علی خلافه یرتفع موضوع الإطلاق من دون انثلام فی حقیقه العقد کما هو واضح

و أمّا الآثار الشّرعیّه الثّابته للعقد تعبّدا فتاره مترتّبه علی المعقود علیه من دون نظر إلی سببه أصلا مثل النّاس مسلّطون علی أموالهم فإنّ السّلطنه جعلت أثرا للملکیّه من أی سبب کانت و لو حصلت من الإیجاب القهریّه کالإرث مثلا و هذا لا مساس له بباب منافیات العقد بوجه فیتمحّض المنع عنها بکونه مخالفا للکتاب و من هذا القبیل حقّ الإسکان الثّابت للزّوج فلا ربط له بالعقد حتی یکون منعه عنه منافیا لمقتضاه بل الکلام فیه ینبغی أن یقع من حیث کونه حقّا قابلا للإسقاط أو حکما تعبدیّا غیر قابل له لا من حیث منافاته للعقد و کذلک ما یرجع إلی قصر السّلطنه فی الأموال مثل المنع عن البیع و أمثاله

و قد عرفت فی المسأله السّابقه أنّ کلّما یرجع إلی باب الحقوق یصحّ إسقاطه بالاشتراط فی متن العقد أو بعده فإنّه مقتضی کمال السّلطنه و تمامیتها کما لا یخفی و أخری مترتّبه علی العقد بما هو عقد خاص کخیاری المجلس و الحیوان فی عقد البیع و هذا القسم یمکن إدراجه فی المسأله بأنّ المنع عن تلک الآثار مخالف لما یقتضیه العقد شرعا و لکن مع ذلک حکمه موکول إلی المسأله السّابقه من الفرق بین کونها حقّا أو حکما وضعا أو تکلیفا و الرّجوع إلی دلیله من حیث قابلیّته للاشتراط علی خلافه و عدمها

و حینئذ فاشتراط عدم الخیارین فی البیع مثلا لا محذور فیه إن کان مرجعه إلی إسقاط ما جعله الشّارع حقّا لهما لما نقحنا فی المباحث السّابقه أنّ حقیقه الحق متقوّمه بکونه تحت سلطانه و زمامه بیده

نعم لو کان مرجعه إلی عدم کون العقد خیاریّا فیرجع إلی التّصرف فی الحکم الشّرعی فلا ینتقل و لا یجوز قطعا فتأمل جیّدا و ممّا ذکرنا ظهر أنّ بعض المسائل المبحوث عنها فی المقام لا مساس له بالشّرط المخالف لمقتضی العقد مثل اشتراط عدم بیعه أو وقفه أو هبته مطلقا أو من شخص خاص فلا مانع من الاشتراط من غیر فرق بین العتق و غیره کما قیل و إلّا فبناء العتق علی

التّغلب لا يكاد ينفع كما لا يخفى و كذلك اشتراط عدم إخراج الزّوجه عن بلدها لما عرفت من أنّه غير مرتبط بالعقد

نعم ينبغى التّكلم فى بعض هذه المسائل مثل الفرق بين الإجاره و العاريه و جواز اشتراط الضّمان فى الثانى

دون الأوّل و اشتراط توارث الزّوجين فى عقد المتعه و اشتراط عدم الخسران فى عقد الشّركه فإنّها لا يخلو عن التّأمل و الإشكال

فنقول و على اللّه الاتّكال أمّا الأولى فالمشهور بينهم عدم جواز اشتراط الضّمان فى عقد الإجاره دون العاريه معلّلا بأنّه مخالف لمقتضى العقد و ناقش فيه المقدّس الأردبيلى و تبعه شارح الرّوضه فى حاشيته عليها بمنع كونه منافيا لذات العقد بل ينافى إطلاقه الغير المنافى مع اشتراط خلافه و عن بعضهم على ما حكى شيخنا المحقّق الأستاذ دام ظلّه التّفصيل بين الإجاره على الأموال فلا يجوز و على الأعمال فيجوز إذ فرق بينهما ففى إجازه العين يقع مال المؤجر فى يد المستأجر و معنى ضمانه ضمان المستأجر و فى الإجاره على الأعمال كالخياطه و القصاره و نحوهما يقع مال المستأجر فى يد الأجير و المراد بضمانه ضمان الأجير لا المستأجر

ثم إنّ المتسالم بينهم ظاهرا فى القسم الثّانى عدم استحقاق الأجير للأجره إلّا بمقدار وفائه للعمل فيستحقّ الأجره تدريجا بأداء العمل كذلك و هذا ينطبق على ما هو المعروف من أنّ الإجاره عقد على المنافع التدريجيّه الموجوده جزءا فجزءا و لا إشكال فيه من حيث كونها معدومه فلا يصحّ تعلّق العقد بها و تملّكها بعد ما كان لها نحو وجود اعتبارا عند العقلاء و يصحّ بذل المال بإزائها عندهم و جرت سيرتهم عليه

و أمّا القسم الأوّل أى الإجاره على الأعيان فالمتسالم عندهم ظاهرا استحقاق المؤجر للأجره بمجرّد تسليم العين و عدم حقّ النّكول للمستأجر بعد وضع يده عليها و أنّ استقرار ملكيّته للأجره يتوقف على انقضاء المدّه فلو تلف العين أو سلب عنها المنفعه تحسب عليه و انطباق هذا الفتوى على تمليك المنافع لا يخلو عن الإشكال إذ المنافع تدريجيّه فلازمها استحقاق الأجره كذلك

ثم إنّه لو استحقّ الأجره بتسليم العين فتوقّف استقرار ملكيّته على انقضاء المدّه لا يستقيم بظاهره و من ذلك كلّه يستكشف أنّ ما يقع عليه الإجاره ليس صرف المنافع المتدرّجه و إلّا فقد عرفت أنّه لا وجه لاستحقاق الأجره بتسليم العين بل للعين نحو دخل فى متعلّق الإجاره و لذا نقل عن بعض أهل النّظر من هؤلاء الأواخر أنّ الإجاره تمليك العين موقّتا و لكن فساده واضح لعدم معهوديّه التوقيت فى الملكيّه فى الشّريعه إلّا أنّ بناء ذاك القائل مخالفه القوم فى هذه المراحل فتأمل

و يظهر من المحقّق و العلّامه قدّس سرهما من تعريفهم لها بأنّها عقد ثمرته تمليك المنافع أنّ المعقود عليه ليس صرف المنافع بل المحكى عن التذكره التصريح بذلك و هو كذلك عند التّحقيق و النّظر الدّقيق فإنّ النّقل و الانتقال تاره يقع على نفس الأعيان فيتبعه آثار الملكيّه و كلّما يكون من لوازمها عرفا و شرعا و منها كون العين تحت يده الانتفاعيّه بمعنى سلطنته عليها على نحو يصحّ له الانتفاع بها بأنحاء منافعها و إن لم ينتفع بها فعلا

و أخرى يقع على نفس المنافع المستوفاه تدريجا فإنّها و إن كانت معدومه و لكن لها نحو وجود باعتبار قابليّه العين لها و نحو اعتبار عقلائى يصحّ بذل المال بإزائها كما قدمناه فلا إشكال فى تمليكها من تلك الجهه و لكن لازمه تقسيط الثمن الّذى يقابلها و انتقاله إلى من انتقل إليه جزءا فجزءا حيث إن استحقاقه للأخذ مشروط بقبض ما انتقل عنه إلى المنافع و المفروض كون قبضها تدريجيا فيكون استحقاقه لأخذ الثّمن كذلك فافهم

و ثالثه يقع على ذاك الأمر المتوسّط الّذى أشرنا إليه من أنّه من توابع الملكيّه و لوازمها أى كون

العين تحت يـد الانتفاع و هـذا المعنى أيضا اعتبار عقلائى يصـحّ بذل المال بإزائه بل هو أقوى من المنافع الفعليّه فإنّه أمر يتحقّق بالعقد و ينشأ بإنشاء تملّكه و إن كان بقاؤه منوطا ببقاء العين على قابليّه الانتفاع

أمّـا القسم الأوّل فهو مختصّ بـالبيع و ما هو موضوع لنقل الأعيان من العقود و أمّا القسـمان الأخيران فيقع الكلام فى أنّ المعقود عليه فى عقـد الإجاره أيّهمـا هل هو نفس المنافع التـدريجيّه أو ذلك المعنى المتوسّط الـذى تصوّرناه و على الثّانى ينحلّ ذاك الإشكال الّذى أشرنا إليه من تسالمهم على استحقاق الأجره بتمامها بتسليم العين إلى المستأجر لما عرفت من أنّه أمر متحقّق حال العقـد و ينشأ به آنا لا تـدريجا و قبضه إلى من انتقل إليه أيضا بنفس قبض العين و وضع يـده عليها فيسـتحقّ المؤجر العوض أى الأجره بتمامها بنفس تسليم العين لا أن يكون القبض تـدريجا حتى يكون اسـتحقاق العوض أيضا كـذلك كما يسـتقيم أيضـا تسـالمهم على توقـف اسـتقرار العـوض فى ملكـه ببقـاء العين على قـابليّه الانتفـاع لمـا عرفت من أنّ هـذا المعنى و إن كـان آنيّ الحصول بالعقـد لكن بقاؤه متقوّم ببقاء العين أيضا فبخروج العين عن الانتفاع المقصود بالعقـد يخرج عن كونه مقبوضا و يترتّب عليه حكم التّلف قبل القبض فتأمل جيّدا

و كيف كـان فلو قلنـا بـأنّ المعقود عليه فى إجـاره الأعيـان ذاك المعنى المتوسّط المسـتتبع للمنافع التّـدريجيّه كما هو التّحقيق و الظّاهر من كلمات بعض الأجلّه كالمحقّق و العلّامه بأنّها عقد ثمرته تمليك المنافع فاسـتحقاق المستأجر لوضع اليد على العين فى كمال الوضوح لما عرفت من أنّ حقيقه العقود عليه متقوّمه بوضع اليـد على العين بل هو هو معنى كما لا يخفى و أمّا على القول بأنّه نفس المنافع فلازم استحقاقها و ملكيّتها وضع اليد عليها عقلا

و على أىّ حال فنفس الإنشاء العقدى متضـمّن لكون العين تحت انتفاعه إمّا مطابقه على الأوّل أو التزاما على الوجه الثّانى فيكون وضع اليد على العين عن حق مالكىّ منشأ بالعقد مطابقه أو التزاما فاشتراط ضـمانها على المستأجر خلاف الكتاب كما هو واضح فكون اليد عن حقّ مالكىّ إنّما يثبت بالعقد و من المدلولات الالتزاميّه لما هو المنشأ به بل نفس المنشإ على تقدير و عدم ضمان اليـد الثّابت عن حق و اسـتحقاق أمر ثـابت فى الشّـرع فلا ينفـذ اشتراط الضّـمان و هـذا بخلاف الإجـاره على الأعمال فإنّ مال المستأجر هنا يقع عليه يد المؤجر و لا اسـتحقاق له على وضع اليد عليه لجواز استيفاء العمل مع كون العين فى يد مالكها أو بذل المالك للأجره بلا استيفاء العمل فلا يكون يـد المؤجر عليها بحق يلزمه العقـد بوجه فلا بأس باشتراط كونها مضـمونا عليه لعدم منافاته لمقتضـى العقد بل هو لا اقتضاء بالنسبه إليه كما فى العاريه على ما سنشـير إليها إجمالا و لا يكون مخالفا للمشـروع أيضا كما هو واضح

و حينئـذ فالتّحقيق هو التّفصـيل بين الإجاره على الأعيان و الأموال لما ذكرنا من أنّ الفرق الواضـح بينهما و على هذا فما ورد فى بعض الأخبار من جواز شـرط الضّـمان على مثل الملّاح و المكارى و الجمّال خال عن الإشـكال و على مقتضـى القاعـده فإنّه فى إجـاره السّـفينه من الملّاح لحمـل الطعـام و اشتراط أنّه لو نقص كـان عليه فقـال ع جـائز إلى آخره فيكون من باب الإجاره على العمل فراجع و تأمّل و لا تغفل

و كيف كان فقد ظهر أنّ وجه عدم الضّـمان فى الإجاره إنّما هو اسـتحقاق المسـتأجر لوضع اليد على العين النّاشى من قبل نفس

مطابقه أو التزاما بأحد الوجهين و إذا كان يده بحقّ مالكىّ أى يملكه بالعقد لا مجرّد كونه برضا المالك و تسليطه عليه فاشتراط كون اليد يد ضمان خلاف للمشروع إذ الّذى هو محلّ الكلام هو هذا لا مجرّد أنّه لو تلف العين يتداركه المستأجر من ماله فإنّه ربما يكون نافذا جائزا فتأمل جيدا

و من هذا القبيل يد المرتهن على العين المرهونه فإنّه أيضا بحقّ مالكىّ ناش من قبل العقد فإن كون العين وثيقه عنده بحيث كان له استيفاء ماله عنها فى محلّه لا يكاد ينفك عن وضع اليد على العين و كونها تحت سلطنته فاشتراط الضّمان فيه أيضا مناف لمقتضى العقد بالمعنى الّذى ذكرناه

و أمّا سائر أبواب الأمانات فما عدا العاريه و هو الوكاله و الوديعه فكذلك أى لا يصحّ شرط الضّمان لكن لا من جهه استحقاقه كون العين فى يده بل من جهه كونهما استنابه عن المالك فجعل يدهما بمنزله يده ينافى ضمانه فحقيقه الاستنابه منافيه للضّمان لإرجاعه إلى ضمان نفسه

و على هذا فلا فرق فى الوكاله بين كونها تبرّعا أو بجعل فإنّ الجعل لا ينافى الاستنابه نعم لو قيل كما توهّم أن عدم الضّمان من جهه إرجاعهما إلى مصلحه المالك فيتفاوت صوره التبرّع و غيرها و لكن مجرّد ذلك لا يكاد يكفى فى عدم الضّمان إلّا بضميمه مثل ما جعل اللّه على المحسنين سبيلا و أمثال ذلك حتّى يتمّ و ينتج و على أىّ حال بعد ما عرفت من منافاه الاستنابه مع الضمان و كونهما من هذا الباب فلا نحتاج إلى كبرى أخرى

بقى الكلام من الأمانات الخمس فى العاريه و قد ظهر أنّه لا مانع من اشتراط الضّمان فيها لعدم دخولها فى إحدى الكبريات المذكوره من كون تصرّف المستعير عن حق مالكى أو استنابه أو كونه مصلحه للمالك و إحسانا عليه بل مجرّد تحليل و إباحه و هذا غير مقتض لعدم الضّمان بوجه

نعم مقتضى إطلاقها و إرسالها ذلك و عليه يحمل ما فى بعض الأخبار ليس على المستعير عاريه ضمان إلى آخره فإنّ عدم الضّمان كما يمكن أن يكون مستندا إلى علّه موجبه لذلك كذلك يمكن أن يكون لعدم المقتضى للضّمان فلا اقتضاء للعقد بحسب ذاته لا له و لا لعدمه فيصحّ اشتراط الضّمان كما يصحّ اشتراط عدمه و طريق استكشاف ذلك أى كونه من باب عدم العلّه أو العلّه الموجبه لعدمه ما فى الأخبار العديده من الضّمان عند الاشتراط فراجع

و قد ظهر ممّا تقدّم أنّ حال الإجاره على الأعمال بعينه حال العاريه فى عدم دخولها فى الكبريات المذكوره المنافيه للاشتراط كما هو واضح الثّانيه فى اشتراط عدم الخسران فى عقد الشّركه فإنّه أيضا محلّ خلاف و إشكال و على جوازه وردت روايه صحيحه عن رفاعه قال سألت أبا الحسن موسى ع عن رجل شارك رجلا فى جاريه له و قال إن ربحنا فيها فلك نصف الرّبح و إن كانت وضيعه فليس عليك شى ء فقال ع لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه إلى آخره و لكن منعه ابن إدريس مطلقا لمنافاته مع الشّركه و الرّوايه خبر واحد ليس حجّه عنده

و عن التّنقيح الاقتصار على مورد النّص تعبّدا و عن المحقّق فى الشّرائع جوازه فى مطلق الحيوان و لا يعلم له وجه و عن الدّروس

كما نقل عنه التعدّى إلى مطلق المبيع معلّلا ـ بأنّ تبعيّه المال من لوازم الشّركه المطلقه لا ـ مطلق الشّركه فلا ينافى فى اشتراط خلافها و الرّوايه على القاعده فيتعدى عن موردها إلى سائر الموارد أيضا

هذا ما أفاده قدس سرّه فى بيع الحيوان و فى الشّركه الابتدائيّه استظهر البطلان و فى الصّلح تسلّم الصّحه بلا إشكال و لذا أورد عليه صاحب الجواهر بالتّهافت بين

كلماته و لكن سيّتضح لك عدم التّهافت بينها و أنّ كل واحد وقع فى محلّه

و بالجمله كلمات الأكابر على ما نقل مختلفه فى الأبواب الثلاثه فالظاهر فى باب الصّلح تسالمهم على الصّحه لمكان غير واحد من الأخبار كما أنّ الظّاهر أيضا تسالمهم على البطلان فيما إذا كان الشّرط فى ضمن عقد الشركه معلّلا بعدم وقوع الزياده لأحدهما فى مقابل عوض و لا وقع اشتراطها فى ضمن عقد معاوضه ليضمّ إلى أحد العوضين و لا اقتضى تملّكها عقد هبه و الأسباب المقرّره للملك معدوده و ليس هذا منها

هكذا و أفادوا و نعم ما أفادوا فإنّ حقيقه الشّركه إنّما تحصل بامتزاج المالين لا بالعقد و لذا لو عقد أو لم يحصل الامتزاج لا يتحقق الشّركه كما أنّه لو امتزج المالان يتحقّق الشّركه و إن لم يعقدا فالشّركه من لوازم الامتزاج الواقع فى الخارج

و من الواضح كون النّماءات الحادثه أيضا مشتركه بينهما بنسبه أصلها كما أنّ النّقص لو ورد يرد على المجموع و ليس لذلك الامتزاج المتحقّق فى الخارج قهرا أو اختيارا مساس بباب العقد و اللّفظ و الإنشاء و نحو ذلك حتى يبحث أنّ التّساوى فى الرّبح و الخسران هل مقتضى ذات العقد أو مقتضى إطلاقه كما هو واضح بل هو مقتضى الشّركه الخارجيّه الحاصله بالامتزاج و لكن حيث إنّ مقتضى الشّركه عدم جواز التصرّف لكلّ منهما بدون إذن الآخر ففائده العقد هى الإذن فى التّصرّف فى مقام التّجاره و الاسترباح من أحدهما أو كليهما و كيفيّه العمل على وجه تعاطيا عليه فى عقد الشّركه و حينئذ فاشتراط التّفاضل و النقص فى الرّبح و الخسران فى ضمنه لا يكاد يفيد شيئا لأنّه بمثابه الشّروط الابتدائيّه حيث لا يرجع إلى خصوصيّات الإذن و كيفيه العمل لوضوح أن مجرّد اقترانه بالعقد لا يوجب صيرورته شرطا فى ضمن العقد فافهم

و بالجمله إذا لوحظ هذا الاشتراط إلى الشّركه الحاصله بالامتزاج و لو لم يكن مسبوقا بالعقد فمخالف للمشروع و ما يقتضيه الشّركه عرفا و شرعا و هو أنّ نماء كل مال لصاحبه لا محاله إلّا بسبب مملّك مفقود فى المقام على الفرض و إذا لوحظ إلى عقد الشّركه يكون من قبيل الشّروط الابتدائيّه الغير النّافذه على ما سيأتى توضيحه لعدم ارتباطه بما هو المنشأ بالعقد من إذن كلّ واحد منها فى التصرّف فى مال الآخر بإعماله فى مقام التكسّب و الاسترباح

نعم لو كان الشّرط راجعا إلى خصوصيّات العمل فكونه فى ضمن عقد جائز لا يضرّ حيث إنّ مرجعه إلى تقييد الإذن فبدونه يبطل العقد لا الشّرط و بعباره أخرى المشروط عليه ملزم بالوفاء بالشّرط مع التزامه بالشّركه نظير الوجوب الشّرطى فى المستحبّات العباديّه

و كيف كان فقد تحصّل أنّ المتّجه بطلان اشتراط التّفاوت فى الرّبح و الخسران فى الشّركه الابتدائيّه أى ما يكون بالعقد كما أفاد الدّروس و غيره و لكن لا يخفى أنّ مقتضى تعليلهم من لزوم انتقال الزياده فى ملك المشروط له بلا عوض و بلا سبب مملّك من هبه أو وقوعه فى ضمن عقد معاوضه ليضمّ إلى أحد العوضين أنّه لو كان للمشروط له عمل أو كان الاشتراط فى ضمن عقد المعاوضه كالبيع مثلا كما هو مورد الرّوايتين الواردتين فى الجاريه كان صحيحا نافذا إذ على الأوّل يكون الزياده فى مقابل العمل كما فى باب القراض و لذا قالوا بأنّ الاسترباح إذا كان منوطا بعمل فهو بالقراض أشبه من الشّركه فيصير الشرط هنا

من خصوصيات الإذن و كيفيه الجعل المنشإ بالعقد

و قد عرفت أنّ مع فرض بقاء الشّركه و حفظها يجب الوفاء بالشّرط

إذ بدونه لا إذن كما فى سائر العقود الإذنيّه كالوكاله و نحوها فيصحّ الاشتراط سواء كان للآخر أيضا عمل أو اختصّ بالمشروط له إذ مرجع الاشتراط إلى تبرّع الشّارط فى عمله فلا بأس و أمّا الثّانى أى ما كان فى ضمن عقد معاوضه نشأت منه الشّروط فمقتضى القاعده و التّعليل المذكور أيضا الصّحه لصيرورته ضميمه لأحد العوضين فلا يكون بلا عوض و لوقوعه فى ضمن عقد لازم فيلزم

نعم فيه إشكال الغرور الجهاله و كونه متعلّقا على أمر غير حاصل و انحصار الأسباب المملّكه بالعقود الخاصّه فإن قلنا بأنّ الملكيه لا لتوقّف على سبب خاصّ كما يأتى توضيحه إن شاء اللّه و أنّ القدر المسلّم من التّعليق الممنوع إنّما هو فى باب العقود و الإيقاعات لأنّ الدّليل الوافى به ليس إلّا الإجماع الممكن تخصيصه بالبابين دون باب الشّروط كما يأتى تنقيح ذلك أيضا إن شاء اللّه و أنّ الجهاله حيث يضاف الرّبح و الخسران إلى رأس المال و هو أمر مقدّر لا بأس بها فاشتراط التّفاضل لا بأس به كما هو المنصوص فى قضيّه الجاريه فيكون الرّوايتان على القاعده الموجبه لجواز التعدّى إلى سائر الموارد كما أفاد الدّروس قدّس سرّه و بينه و بين الاشتراط فى ضمن عقد الشّركه بون بعيد لا يقاس أحدهما بالآخر فتدبّر

هذا إذا كان مرجع الاشتراط إلى جبر خسرانه من ماله الذى ينتقل إليه بالمعامله فمرجعه إلى تمليك مقدار من حصّته على تقدير الخسران فلا محذور فيه عدا الجهاله و التّعليق و أمّا إذا كان المرجع عدم انتقال مقدار من الثّمن إلى الشّارط رأسا بل ينتقل إلى المشروط له ابتداء فهذا خلاف القاعده و مخالف للكتاب و السّنه بالبداهه لإرجاعه إلى عدم انتقال العوض إلى من له المعوّض بل إلى غيره و هذا فاسد جدا و الرّوايتان و إن أمكن انطباقهما على الوجهين و لكن لا داعى إلى حملهما على الوجه الثّانى بعد صلاحيّه الحمل على الوجه الأوّل لو لم تكونا ظاهرتين فيه لأنّ ما يتعلّق به الغرض غالبا عدم الخسران و جبر النّقصان بأىّ وجه كان و أمّا كونه بوجه خاصّ فلا يكون ملحوظا للأنظار كما لا يخفى كما أنّ صحّه الاشتراط أيضا مبنى على عدم شمول الخسران لصوره تلف المال رأسا كما هو الظّاهر المتبادر منه عرفا و أمّا لو قيل بشموله للتّلف أيضا حيث إنّه أقوى مصاديق الخسران فلا ينبغى الشّبهه فى بطلان الشّرط لإرجاعه إلى كون المملوك فى عهده غير مالكه و أن خسارته و دركه على غيره هذا مناف للقاعده و الملازمه بين الضّمان و الملكيّه و لا يقاس على ضمان ما فى الذّمه لبداهه الفرق بين المقامين كما لا يخفى على أهل البصيره فإنّ مرجع الضّمان انتقال ما فى ذمّه المضمون له إلى ذمّه الضّامن لا كون العين الموجوده مملوكه لأحد و كون ضمانها على الآخر فإنّ حقيقه الملكيه كون الدّرك و الخساره على المالك فافهم و لكنّ الأوصاف أنّ المتبادر من الخسران وقوع النقص على المال عند المعاوضه لا مطلق الدّرك حتى عند التّلف

نعم ظاهر ما ورد فى باب الصّلح من قوله و عليك التوى إلى آخره شموله لصوره التّلف أيضا و لكن هذه الأخبار كلّها محموله على صوره إراده فسخ الشّركه و تسالم أحد الشّريكين على أخذ رأس ماله و تجاوزه عن ربحه و خسرانه و هذا لا مانع منه بوجه من الوجوه لا من جهه منافاته مع الشّركه لما عرفت من أنّه عند إراده فسخها أو انقضائها و لا من جهه الرّبح و الخسران لإرجاعه إلى هبه كل واحد منهما ما عنده من الزياده إلى الآخر إن كان عينا و إلى إبراء ما فى ذمّته إن كان دينا

نعم ربما يلزم فى بعض صوره الربا و لكنّه كالغرر و الجهاله مغتفر فى باب الصّلح و بالجمله فقد ظهر اختلاف الحكم

فى الأبواب الثلاثه كما نقل عن الشّهيد و تبعه غيره أيضا فلا تناقض بين كلماتهم كما أورد صاحب الجواهر على الشّهيد قدّس سرّهما

و قد عرفت كمال الفرق بين الأبواب و العجب منه قدّس سرّه أنّه شدّد النّكير على الشّهيد فى صحّه الاشتراط فى ضمن عقد البيع و فى باب الشّركه ظاهره الميل إلى الصّحه مع ما عرفت أنّ الأمر بالعكس فراجع و تأمّل و أعجب منه حمله مورد الرّوايتين فى الجاريه على بيع الكلّى فى المعيّن فى مقام تطبيقهما على القاعده مع أنّ تصويره فى غايه الإشكال و على فرض التّصوير لازمه عدم استحقاق الرّبح أيضا

نعم فى الأخبار الوارده فى باب الصلح يمكن تطبيقها عليها كما تقدّم و كيف كان فما أفاد الشّهيد فى باب الصّلح و فى ضمن عقد البيع الموجب للشّركه من صحّه الاشتراط بل و كذلك كل عقد لازم كان موجبا للشّركه و عدم الصّحه فى عقد الشّركه كلّها على القاعده و منطبق على الأصول الكليّه كما أشير إليها فى الجمله

بقى الكلام فيما إذا حصل الشّركه بسبب آخر قهرى كالإرث و نحوه أو اختيارى كالبيع و الحيازه و نحوهما ثم اشتراط التفاوت فى الرّبح و الخسران فى ضمن عقد لازم آخر و بعباره أخرى تاره يكون الاشتراط فى ضمن عقد هو منشأ الشّركه و أخرى فى ضمن عقد بعد فرض تحقّقها بسبب آخر و الفرق أنّ على الأوّل يمكن القول بأنّ الشركه إنّما تحقّقت على هذا الوجه فلا اقتضاء لها حتى ينافيه الاشتراط بخلاف الثّانى فإنّ الشّركه المتحقّقه سابقا مقتضيه لتساويهما فى الرّبح و الخسران فاشتراط التّفاوت مناف لمقتضاها و إن لم يكن فيه محذور من جهه كون التّفاضل بلا عوض أو من جهه عدم التّسبب المملّك لما عرفت من اندفاعهما إذا كان فى ضمن عقد لازم

و لكن قد عرفت أنّ اشتراط التّفاضل يتصوّر بأحد الوجهين تاره يكون مرجعه إلى عدم دخول الزياده فى ملك الشّارط و انتقاله إلى المشروط له ابتداء أى عند حصول المعاوضه و ظهور الرّبح و أخرى إلى انتقالها إلى مالكها على القاعده ثم انتقاله من ملكه إلى المشروط له

و قد عرفت أنّ على الأوّل لا يجوز الاشتراط فى ضمن العقد المنشإ للشركه أيضا لمنافاته مع ما يقتضيه الملكيّه و مخالفته للقواعد المستفاده من الكتاب و السّنه و على الثّانى لا محذور فيه فى كلا المقامين لعدم منافاته مع ما يقتضيه الشّركه حتّى يفرّق بين كونها متحقّقه سابقا أو حاصله بنفس هذا العقد

نعم فيه إشكال الغرر و الجهاله و انحصار سبب الملك فى العقود المعهوده و تعليق التّمليك على المرابحه و ظهور الرّبح و قد أشرنا سابقا أنّ الوجوه الثّلاثه قابله للمنع كما يأتى توضيحه إن شاء اللّه

و كيف كان فقد تلخّص من مجموع ما ذكرنا أنّ اشتراط التّفاضل لأحد الشّريكين بجميع وجوهه المتصوّره من كون الرّبح لأحدهما و الخسران بينهما أو الرّبح بينهما و الخسران على أحدهما أو تفاضل أحدهما فى الرّبح من دون أن يكون له عمل موجب لاستحقاقه لذلك تاره فى ضمن عقد الشّركه ابتداء و أخرى فى ضمن عقد لازم يحصل منه الشّركه سواء كان العقد

بينهمـا أو بينهمـا و بين ثـالث يشترط تفاضل أحـدهما فى الرّبـح على الآخر و ثالثه فى ضـمن عقـد لازم مع تحقّق الشّـركه سابقا بأسبابها القهريّه أو الاختياريّه ففى القسم الأوّل الوجه بطلان الشّرط لمنافاته مع القواعد الكليّه و ما يقتضيه عقد المشاركه أيضا و أمّا فى القسـمين الأخيرين فـالمتّجه النفوذ و الجواز إن كـان مرجعه إلى ما ذكرنا من أحـد الوجهين و لم يمنع الغرر و التّعليق و كون الشّرط مملّكا و إلّا ففى صحّته

إشكال بل منع و اللّه العالم بحقيقه الحال

[الشّرط السّادس أن لا يكون الشّرط مجهولا]

قوله قدّس سرّه الشّرط السّادس أن لا يكون الشّرط مجهولا إلى آخره

و ليعلم أوّلا أن محل الكلام فى الشّرط الواقع فى ضمن العقد الّذى لم يكن وضعه على التّغابن و المهاباه كالبيع و الإجاره و نحوهما و أمّا ما بنى لذلك و وضع للتّمليك و التملّك للأشياء المجهوله كالصّلح فالشّرط المجهول فى ضمنه لا بأس به إذ لا معنى لأن يعتبر فيه ما لم يعتبر فى نفس العوضين و أن لا يغتفر فيما هو بمنزله الضّميمه لأحدهما مما اغتفر فيهما من الغرر و الجهاله كما لا محذور فيه من جهه إطلاق النّبوى النّهى عن الغرر لخروج الصّلح عنه على الفرض فيكون خارجا بجميع ما يتضمّنه من الشّروط و اللّواحق لا محاله

و بالجمله فهذا القسم من الشّرط خارج عن محلّ الكلام و لا يضرّ به الجهاله بلا شبهه كما لا شبهه ظاهرا فى بطلان ما يكون راجعا إلى أوصاف العوضين فإنّ الظّاهر اتّفاقهم على بطلانه كما صرّحوا به فى مسأله تعيين الأجل للثمن أو المثمن فى النّسيئه و بيع السّلم بأن اشتراط الأجل لو لم يكن مضبوطا معيّنا يوجب بطلان المعامله لمكان الغرر و الجهاله فضلا عن الأوصاف الرّاجعه إلى نفس الثّمن و المثمن كما هو واضح لا يخفى

فمحطّ الكلام فى الشّروط الخارجيّه الغير المرتبطه بهما لو لا الشّرط فالكلام فى أنّ باشتراطها فى ضمن العقد يرتبط بهما بحيث تصير ضميمه لهما و جهالته يوجب جهالتهما أو مجرّد التزام تبعيّ غير مقصود فى العقد أصاله فيكون من قبيل توابع الدار مثلا مثل ممرّه و مفتاحه و أمثال ذلک ممّا لا يكون جهالته موجبا لجهالته و هذا هو المراد من الدّروس فيما لو جعل الحمل جزءا للمبيع فقال الأقوى الصحّه لأنّه بمنزله الاشتراط و لا يضرّ الجهاله لأنّه تابع انتهى

و لكن لا يخفى أنّ مجرّد التبعيّه ليس من الكبريات الّتى لا يضرّ فيها الجهاله لعدم مساعده دليل عليه لا عقلا و لا نقلا و اغتفارها بعض التوابع لأجل دليل أو إجماع لا يقتضى استفاده قاعده كليّه فى جميع التّوابع فلو سلم كون الشّرط تابعا و عدم وقوعه ضميمه لأحد العوضين فلا دليل على اغتفار الجهاله فيه بمجرّد ذلک

نعم تعليله بذلک فى العقود الّتى لا يضرّ الجهاله فيها بنفسها كالصّلح مثلا لا بأس به و يتمّ به المدّعى حيث إنّ تبعيّته تقتضى اغتفار الجهاله فيه أيضا كما لا يخفى و أمّا فى غير هذا المقام فإثبات التبعيّه لا يقتضى عدم المنع من الجهاله

هذا مضافا إلى إمكان منع التبعيّه رأسا مع كون الالتزام العقدى منوطا بالشّرط بحيث لو لم يف به كان للمشروط له فكّ التزامه و فسخه و كون عدم الوفاء به موجبا للخيار دون البطلان لا يقتضى تبعيّته كيف و الحكم فى الشّروط الرّاجعه إلى أوصاف العوضين أيضا كذلک يوجب الخيار دون الفساد هذا مضافا إلى ما صرّحوا به من أنّ للشّرط قسطا من الثمن بمعنى أنّه يوجب زياده الماليّه و بذل الثّمن بإزاء ما كان فى طرفه بحيث لو لم يكن هذا الشّرط لم يبذل بإزائه هذا المقدار من الثّمن أو هذا

المثمن و مع ذلک کیف یصحّ دعوی أنّه غیر مقصود فی العقد غیر ملحوظ فی المعاوضه

و بالجمله فقد ظهر أنّ المتّجه هو القول بالبطلان لصیرورته ضمیمه لأحد العوضین کالأوصاف فجهالته توجب جهالتهما لا محاله مضافا إلی أنّ إطلاق النبویّ یقتضی بطلانه بنفسه و لا موجب لأن یدّعی انصرافه إلی غیر الشّروط نعم ما کان مشتملا علی لفظ البیع من الأخبار فیمکن دعوی عدم شموله للشّرط المجهول بناء علی کون المراد من البیع هو المسبّب لا عقد البیع فتأمل جیّدا

و کیف کان فما أفاده قدّس سرّه من الوجهین

للبطلان فی محلّه و فی غایه المتانه إلّا أنّ استدراکه فی آخر کلامه فیما إذا عدّ المشروط تابعا غیر مقصود بالبیع کبیض الدّجاج لا یخلو عن الإشکال إذ لو لم یکن مقصودا فلا موجب للاشتراط و قد عرفت أنّ التبعیّه لیست کبری کلیّه حتّی فی مثل المقام

[الشّرط السّابع أن لا یکون مستلزما للمحال]

قوله قدّس سرّه الشّرط السّابع أن لا یکون مستلزما للمحال إلی آخره

و قد مثّلوا له بقول البائع بعتک بشرط أن تبیعه منّی أو بعتک بشرط أن یکون مبیعا لی و الأوّل شرط الفعل و الثانی شرط النّتیجه فیملکک بنفس الشّرط لو کان صحیحا بناء علی عدم اختصاصه بسبب خاصّ و حصوله بالشرط أیضا و کیف کان فالثّانی أولی بالبطلان کما سیتّضح علیک إن شاء اللّه و لکن محطّ الکلام و النقض و الإبرام هو الأول و الظّاهر اتّفاقهم علی بطلان هذا الشّرط و إنّما الکلام فی وجه البطلان فقد علّله العلّامه فی التّذکره بأنّه مستلزم للدّور لأنّ بیعه له یتوقّف علی ملکیّته له المتوقّفه علی بیعه فیدور إمّا لو شرط أن یبیعه علی غیره فإنّه یصحّ عندنا حیث لا منافاه فیه للکتاب و السّنه انتهی

و قرّره فی جامع المقاصد بأنّ انتقال الملک موقوف علی حصول الشرط و حصول الشرط موقوف علی الملک و هذا بظاهره واضح الفساد کما أورد علیه جماعه ممّن تأخّر عنه إذ لا یکاد یخفی علی فاضل أنّ حصول الملکیّه لا یتوقّف علی تحقّق الشّرط فی الخارج فکیف یخفی علی مثل العلّامه مع أنّ کلماته فی التّذکره و غیره مشحونه من أنّ سبب الملکیّه هو العقد و حصول الشّرط موجب للزومه فلا وقع إنصافا للإیراد علیه بأنّ صحّه العقد لا یتوقف علی حصول الشّرط فلا دور و إن صدر ذلک عن بعض الأکابر مثل الشّهید و غیره کما أنّه قدّس سرّه متفطّن للانتقاضات الوارده علیه من اشتراط بیعه لغیره أو وقفه علیه أو علی ولده أو عتقه أو اشتراط کون المبیع رهنا علی الثّمن و غیر ذلک من الأمور المتوقّفه علی الملک فإنّ الملکیّه لو کانت متوقفه علی الشّرط أیضا یلزم الدّور بالتّقریب المتقدّم فتخصیصه للمقام بلزوم الدّور یکشف عن أنّ غرضه بیان مطلب آخر

قال فی التّذکره بعد کلامه المتقدّم لا یقال ما التزمتموه من الدّورات هنا أی فی اشتراط بیعه علی غیره لأنّا نقول الفرق ظاهر لجواز أن یکون جاریا علی حدّ التوکیل أو عقد الفضولی بخلاف ما لو شرط البیع علی البائع انتهی و منه یعلم أیضا أن جهه الإشکال لیست مجرّد توقف صحّه الشّرط علی الملک بل المحذور شی ء آخر مختصّ بالاشتراط علی البائع دون غیره

و کیف کان فالظّاهر أن ما أورد علیه کلّه من سواء التّعبیر الواقع فی کلامه فی بیان الدّور و الّذی یمکن أن یقال فی تقریب الدّور و توجیه الإشکال علی وجه یختصّ بالمقام دون سائر الأمور المتوقّف علی الملک کما یلوح من کلامه قدّس سرّه فی مقام آخر من التذکره أنّ الشرط لا بدّ و أن یکون مقدورا و مملوکا للشّارط کما بیّناه سابقا بمعنی أن یکون أمرا طرفاه بیده و تحت سلطنته نفیا و إثباتا و هذا المعنی منتف فی المقام حیث إنّ ظرف الاشتراط ظرف ملکیّه البائع و عدم انتقال المبیع بعد إلی المشتری فاشتراط بیعه علی نفسه مرجعه إلی اشتراط بیع المال علی مالکه و هذا أمر غیر معقول و تحصیل أمر حاصل و لذا قد صرّح قدّس سرّه أنه لو شرطه بعد فرض خروجه عن ملکه و انتقاله إلی المشتری لا محذور فیه

و قد نقل کلامه شیخنا أستاذ الأساتید قدّس سرّهما المشعر بذلک بل المصرّح به فی باب النّقد و النّسیئه فراجع و تأمّل و بالجمله

فحاصـل تقريب الـدّور أن صـحّه الشّـرط يتوقّف على صـحّه العقـد و انتقال المبيع إلى المشترى و خروجه عن ملك الشّارط لئلّا يكون من قبيل شرط بيع المال على مالكه و صحّه العقد

و كونه موجبا لذلک يتوقّف على صحّه الشّرط بناء على بطلان العقد المشروط بالشّرط الفاسد و حينئذ فالفرق بين اشتراطه على نفسه أو على غيره أو اشتراط وقفه أو عتقه و نحو ذلک فى غايه الوضوح لعدم إرجاعه إلى اشتراط أمر غير معقول و هو بيع المال على مالكه و هذا هو المراد من قوله لجواز أن يكون بيعه على غيره جاريا على حدّ التّوكيل أو عقد الفضولى و بيانه يوجب تطويل المقال و لا يساعده الحال و اللّه الموفّق و المعين فى جميع الأحوال

و لكن يرد عليه أنّ فى جميع هذه الموارد بل فى كلّ شرط يرجع إلى التصرّف فى المبيع إن كان بعد فرض خروجه عن ملک البائع و انتقاله إلى المشترى فلا محذور فى الاشتراط بوجه و إن كان قبل فروض خروجه عن ملكه يعمّ المحذور فى الجميع أيضا فإنّ مرجعه فى اشتراط الوقف أو العتق مثلا إلى اشتراط وقف ماله أو عتق عبده على غيره و جعل ماله رهنا عند نفسه فى اشتراط الرّهن و قوله من جواز أن يكون جاريا على حدّ التّوكيل أو عقد الفضولى لا يكاد ينفع فإنّ الغرض من اشتراط الوقف أو العتق وقف المشترى أو عتقه من ماله و من قبل نفسه لا من قبل البائع مع أنّه لا يجرى فى اشتراط الرّهن فتأمل تفهم

و بالجمله فلزوم المحذور فى الجميع على نهج واحد و حلّه ما أشرنا إليه من أنّ ظرف وقوع الإنشاء ظرف خروج المبيع عن ملک البائع و انتقاله إلى المشترى فيكون الشّرط واردا على المال المفروض انتقاله إلى المشروط عليه إنشاء

و بعباره أخرى إنشاء الشّرط مترتّب على إنشاء البيع و فرض تحقّقه إنشاء كما أنّ تحقّق الشّروط خارجا بعد تحقّق البيع و انتقال المبيع إلى المشترى كذلک فيكون قادرا عليه و مملوكا له و نظائره كثيره فى أبواب الفقه كقوله أنت وكيل فى نكاحها و طلاقها أو طلّقتک و رجعت إليک أو بعت و ارتهنت بل عليه يحمل ما ورد فى الرّوايه أعتقتها و زوّجتها و جعلت عتقها مهرها فإنّ إسقاط جميع ذلک يصلح و ينطبق على القاعده بالبيان الّذى تقدم بل به يمكن حلّ الإشكال الوارد على إسقاط الخيار فى متن العقد و أنّه إسقاط لما لم يجب فإنّ ظرف إنشاء البيع ظرف تحقّق الخيار و إيجابه إنشاء فيكون الإسقاط بعد فرض الإيجاب إنشاء كما أن حصول الإسقاط خارجا بعد تحقّق البيع و إيجاب الخيار كذلک فلا إشكال فتأمل جيّدا

و كيف كان فقد ظهر أنّه لا محذور فى الشّرط المبحوث عنه من تلک الجهه أى من جهه لزوم الدّور و استلزامه للمحال و لذا علّل الشّهيد البطلان بعدم القصد إلى البيع بعد ما أجاب عن الدّور المذكور بما أشرنا إليه و هذا أيضا مضافا إلى الانتقاضات الوارده عليه من اشتراط البائع وقفه عليه و على عقبه و نحو ذلک ممّا يوهم كون البيع وسيله إليه كإسناد يدلّ على المنع كلّيا لإمكان تحقّق القصد إليه حقيقه هذا أوّلا و ثانيا كون الدّاعى على البيع رجوع المبيع إليه ثانيا بيعا أو وقفا أو هبه لا ينافى مع القصد الإنشائى لمدلول العقد فتأمل جيّدا

و ربّما يعلّل البطلان و يستدلّ عليه بأخبار العينه و هى أن يشترى الإنسان شيئا نسيئه ثم يبيعه على البائع بأقل من ثمنه نقدا تخلّصا عن الرّبا أو لوجه آخر ففى روايه الحسين بن منذر بعد ما سئل ع عن صحّه هذا البيع أنّه قال ع إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار و إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر إلى آخره و نحوها روايه علىّ بن جعفر فإنّهما تدلان على صحّه المعامله و عدم البأس بها إذا لم يكن كلّ واحد من المتعاقدين ملزما بالبيع الثّانى بل كان لكلّ واحد خيار إن شاء يبيع و إن شاء لا يبيع فيدل بمفهومه على البأس و البطلان إذا كان المشترى ملزما بالبيع ثانيا لأجل الاشتراط

إذ لا موجب لالتزامه به إلّا اشتراطه عليه كما هو محلّ الكلام

و الإنصاف أنّه لا مساس لهذه الأخبار بما نحن فيه أبدا بل هى فى مقام بيان مطلب آخر و هو التّفصيل بين كون البيع الثّانى عن طيب أو كره مضافا إلى أنّ ظاهرها السّؤال عن البيع الثانى و البحث فى صحّه الاشتراط إنّما هو فى البيع الأوّل فلا مساس لها بالمقام

و كيف كان فقد ظهر أنّه لو كان إجماع على بطلان هذا الشّرط كما لا يبعد بأنّ بطلانه كأنّه مفروغ عنه عندهم فهو و إلّا فلا موجب للبطلان لعدم مساعده ما ذكر من الوجوه عليه كما عرفت نعم فيما إذا كان مرجع الشّرط إلى النّتيجه كأن يقال بشرط أن يكون مبيعا أو مملوكا يمكن القول بالبطلان لإرجاعه إلى خلاف ما يقتضيه العقد فيدخل فى تلك المسأله لا لأجل الوجوه المتقدّمه فتأمل جيّدا فإنّ المسأله لا تخلو عن الإشكال

[الشّرط الثّامن أن يلتزم به فى متن العقد]

قوله الشّرط الثّامن أن يلتزم به فى متن العقد إلى آخره

و المراد به العقود اللّازمه و إن لم يصرّح به لوضوح أنّ العقد الجائز بنفسه لا يجب الالتزام به فضلا عن الشّرط الّذى فى ضمنه

نعم قد أشرنا فى الأبحاث السّابقه المتعلّقه بالشّركه أنّ العقود الإذنيّه إن كان الشّرط فيها راجعا إلى اعتبار خصوصيّته فى الإذن مثل اشتراط الضّمان فى العاريه أو كون المال فى حرز خاص مثلا فى الوديعه أو كون تصرّف أحد الشّريكين أو عمله على وجه خاصّ مثلا يلزم الوفاء به لا من باب وجوب الوفاء بالشّرط بل لإناطه الإذن فى التّصرف به فبدونه لا إذن

و كيف كان فالمراد ذكره فى عقد المعاوضه حتى يصير بمنزله الضّميمه لأحد العوضين و يخرج عن كونه مجانا إذ المستأنس من حكم الشّارع بجواز العقود المجانيّه مثل الهبه و العاريه أنّ مطلق التعهّدات المجّانيّه لا يجب الوفاء بها و لعلّه المستكشف من الإجماع المحقّق ظاهرا على عدم لزوم الشّروط الابتدائيّه و توقّف اللّزوم على صيرورتها بمنزله الجزء لأحد العوضين فالوجه لعدم لزومها مجّانيّتها لا مجرّد كونها ابتدائيه و لذا لو التزم بشى ء من الأعيان أو المنافع بعوض و قلنا بعدم توقّف ملكيّتها على لفظ خاصّ لا يبعد القول بلزومه و إرجاع الأوّل إلى البيع و الثّانى إلى الإجاره أو إلى الصّلح فى كليهما فتأمل جيّدا

و كيف كان فتحقيق الكلام فى الشّروط بحسب أقسامها أنّها تاره مذكوره فى متن عقد المعاوضه فلا شبهه فى لزوم الوفاء به على المشروط عليه كوفائه بأصل المعاوضه وضعا و تكليفا على التّفصيل الّذى يأتى الكلام فيه إن شاء اللّه و أخرى غير مذكوره فى العقد بل مجرّد تعهّد و التزام من أحدهما للآخر من غير تعقّبه بعقد و معاوضه أصلا و هذا هو المراد من الشّروط الابتدائيّه و لا شبهه فى عدم إفادتها اللّزوم بوجه

و قد عرفت ثبوت الإجماع على عدم لزومها و به يخصّص عموم المؤمنون عند شروطهم بناء على شموله لمثلها و عدم اختصاصه بالالتزام فى البيع كما تقدّم نقله عن القاموس أو فى مطلق العقد كما ورد الاستشهاد به فى كثير من الأبواب فى غير واحد من

الأخبار و ثالثه تواطيا عليه قبل العقد من دون ذكرها فى متن العقد و إيقاعه فى حيّز الإنشاء سواء كان راجعا إلى أوصاف العوضين أو غيرها و هذا هو المصطلح عندهم بشروط التّبانى و وقع فى الجمله محل الإشكال من جهه لزوم الوفاء به و عدمه و إن كان المشهور على عدم اللّزوم أيضا إلّا أنّ ظاهر الخلاف و المختلف يوهم خلافه و غايه ما قيل أو يقال فى توجيه اللّزوم من وجوه أحدها أنّه لا شبهه فى أنّ بعض الأمور مثل التّسليم و التّسلم و كون الثمن نقد البلد

و نحو ذلک بسبب تعاهده عند العرف و العاده یصیر مدلولا للعقد التزاما و لو لم یذکر فی متن العقد بل لم یکن العاقد ملتفتا إلیه أصلا و لیس ذلک إلّا من جهه أنّ تعاهده عند العرف و تبانیهم علیه و جری عادتهم علی الإلزام و الالتزام به یوجب وقوع العقد مبتیّا علیه و کون الالتزام منوطا به علی وجه یوجب انتفاؤه الخیار لا البطلان علی ما سیأتی توضیحه

و حینئذ یمکن أن یکون تواطؤ المتعاقدین و تبانیهما علی أمر قبل العقد موجبا لصیرورته کذلک و وقوع العقد مبتیّا علیه إذ لا فرق بین کون ذلک بالتّعاهد عند العرف أو بسبب تعاهده عندهما و تبانیهما علیه غایته أنّ اللّازم هنا التفاتهما إلیه و عدم نسیانهما حتّی یقع العقد مبتیّا علیه بخلاف الشّروط الضّمنیّه فإنها لکونها بحسب العرف و العاده فلا یلزم الالتفات إلیها بل العقد یتضمنها و لو کان العاقد جاهلا بها أو ناسیا لها

و بالجمله فحال شروط التّبانی کحال الشّروط الضّمنیه فی کون التّعاهد فی خارج العقد موجبا لتضمّنه علیها و وقوعه مبتیّا علیه فتقع تحت الإلزام و الالتزام العقدی و یدلّ علیه العقد بمدلوله الالتزامی فیجب الوفاء به کما یجب الوفاء بها و یوجب تعذّره الخیار کما یوجب ذلک تعذّرها

و فیه ما لا یخفی من الفرق بین المقامین لوضوح أنّ الشّروط الضّمنیه بسبب تعاهدها عند العرف یصیر من المدلولات العرفیّه للّفظ قصدها المتعاقدان أو لم یقصدا و هذا بخلاف ما تباینا علیه فإنّه لا یکاد یصیر مدلولا للّفظ أبدا لبداهه أنّ تبانی المتکلّم و المخاطب علی معنی لا یکاد یوجب الدّلاله و صیروره اللّفظ دالا علیه بنحو من الأدلّه بخلاف کون الشّی ء متفاهما من اللّفظ عرفا فافهم و تأمّل جیّدا ثانیها أنّه إذا کان التّبانی علی أمور راجعه إلی أوصاف العوضین یوجب انصراف لفظ الثّمن أو المثمن إلی ما هو المعهود عندهما کما هو کذلک فی غیر المقام

و فیه أنّه لو کان مرجع الاشتراط مطلقا سواء کان من أوصاف العوضین أو غیرها إلی تقیید الثّمن أو المثمن ببعض الخصوصیات بحیث یوجب انتفاء الخصوصیّه انتفاءهما کما هو قضیّه التّقیید و الانصراف فله وجه إلّا أنّ مقتضاه بطلان العقد بتخلّفه أو تعذّره و لیس البناء فی الشّروط علی ذلک بل الالتزام بها علی نحو ینتج الخیار عند تعذّرها و ارتباطها بالعقد بهذا المقدار من الارتباط لا التّعلیق و التقیید الموجبان لانتفاء المشروط عند انتفائها کما لا یخفی

و هذا المعنی لا یکاد یحصل بالانصراف بل یحتاج إلی التزام علی حده و إنشائه عند العقد و لذا قالوا بأنّ مرجع التّوصیف فی باب العقود إلی الاشتراط و سیأتی مزید توضیح فی ذلک إن شاء اللّه و ثالثها ما أشار إلیه قدّس سرّه أنّ التّبانی یوجب إناطه التّراضی المعتبر فی المعامله بوجود الشّرط و لو لم یکن کذلک بحسب اللّفظ و الإنشاء فیکون العقد بدونه تجاره لا عن تراض الدّاخل فی عنوان أکل المال بالباطل

و فیه أنّ التّواطی علی الشّرط غایته أن یصیر داعیا علی إیقاع العقد إنشاء فتخلّفه کتخلّف سائر الدواعی لا یکاد یوجب قصورا فیما اعتبر فی العقد من قصد إنشائه و تحقق مدلوله کما فی سائر المقامات کیف و لو کان القصد منوطا بوجود الشّرط فلازمه البطلان عند فقدانه لا ثبوت لخیار للمشروط له کما هو المدّعی فلا بدّ من الالتزام بتحقّق القصد المعتبر فی صحّه المعامله مع

فقد الشّرط أيضا فإن قصد مدلول العقد مطلب و كون الغرض الباعث إليه شيئا ربما يترتّب عليه و ربما لا يترتّب عليه مطلب آخر فتدبّر

و كيف كان فالظّاهر من كلماتهم و عدم

ترتیبهم أثر اللّزوم علی الشّرط الغیر المذکور فی العقد من کون فساده موجبا لفساده و کون التّبانی علیه موجبا لبطلان معاوضه أحد المتجانسین بأزید منه و غیر ذلک ممّا یوجب الفساد لو کان مذکورا فی العقد التّسالم علی عدم لزوم هذا القسم من الشّرط أیضا کما فی الشّرط الابتدائی و أنت إذا تأمّلت فی الفروع الّتی ذکروها فی أبواب العقود و المعاملات ربما تقطع بصحّه هذه الدّعوی فراجع و تأمّل و اللّه هو العالم

[و قد یتوهّم هنا شرط تاسع و هو تنجیز الشرط]

قوله و قد یتوهّم هنا شرط تاسع إلی آخره

الظاهر أنّه من المحقّق الثّانی قدّس سرّه علی ما أفاد أستاذنا المحقّق دام ظله العالی و حاصله اعتبار التّنجیز فی الشّروط کاعتباره فی نفس العقود عدا الوصیّه و التّدبیر إجماعا علی ما هو الظّاهر من کلماتهم

و توضیح المقام أنّ التّعلیق بمعنی إناطه العقد علی تقدیر دون تقدیر تاره یرجع إلی الإنشاء أی قصد مدلول اللّفظ و تحقّقه به و هذا أمر غیر معقول إذ مرجعه إلی عدم القصد الّذی یتقوّم به الإنشاء و لا یکاد یحصل بدونه و أخری یرجع إلی المنشإ بمعنی أن یقصد حصول الملکیّه علی تقدیر مجی ء زید مثلا و هذا فی التّکوینیّات العینیّه مثل الضرب و القتل مثلا أیضا غیر ممکن بأن یقصد حصول القتل علی تقدیر کون ما وقع علیه عدوا مثلا و إناطته به علی وجه لو کان صدیقا لم یقع علیه و هذا واضح لبداهه وقوع القتل علی أی حال غایته أنّ الدّاعی علی إیقاعه و هو قتل العدوّ تاره یصادفه و أخری یتخلّف عنه فإناطه ذات الفعل علی تقدیر کونه قتل العدوّ أمر مستحیل غیر معقول کما هو واضح و لکن فی الاعتباریات مثل ما ینشأ بالعقود أو الإیجاب و التّحریم فی باب التّکالیف فحیث إن أصل وجودها باعتبار المعتبر و علی نحو اعتباره فیمکن أن یکون اعتباره علی تقدیر خاصّ و إناطه علی أمر خارج عن الاختیار من زمان أو زمانیّ و نحو ذلک فیصحّ إیجاب الحجّ علی تقدیر الاستطاعه أو إنشاء الملکیّه علی تقدیر الموت کما فی الوصیّه و نحو ذلک

و بالجمله فالمنشئات بالعقود کالملکیّه و الزّوجیّه و غیرهما و کذلک الإیقاعات و إن أمکن تعلیقها علی أمر حالی أو استقبالی إلّا أنّ ظاهرهم الاتفاق و التّسالم علی بطلان العقد أو الإیقاع به لا لکونه موجبا للغرر حتّی یختصّ بما إذا کان معلّقا علی أمر مشکوک الحصول و یصحّ فیما اغتفر فیه الغرر کما فی باب الصّلح بل لاتّفاقهم علی ذلک تعبّدا و إطلاق معاقد إجماعاتهم فیعمّ التّعلیق علی متیقّن الحصول کالزمان و أیضا

نعم فیما إذا کان المعلّق علیه أمرا حالیا حاصلا عند العقد فربّما یظهر من بعض الکلمات جوازه و کذلک فیما إذا کان التّعلیق من مقتضیات نفس العقد بمعنی کون العقد متضمّنا له و لو لم یصرّح به کقوله إن کان هذا حمارا فبعته أو إن کان هذا رقّا فأعتقته و أمثال ذلک فیبقی التّعلیق علی أمر حالیّ مشکوک الحصول و الاستقبالی سواء کان متیقّنا أو مشکوکا حصوله علی إشکال فی المتیقّن منه و تمام الکلام فی محلّه

و من هنا ظهر عدم صحّه مقایسه المقام کقوله بعتک هذا بدرهم علی أن تخیط لی إن جاء زید علی قوله أنت وکیلی فی أن

تبيع إذا جاء رأس الشّهر نظرا إلى أنّ التّعليق و التّقييد راجع إلى متعلّق الشّرط و هو الخياطه على تقدير المجى ء كما أنّ فى الثانى راجع إلى متعلّق الوكاله و هو البيع فى زمان خاصّ فلا يلزم التّعليق فى نفس الشرط أو الوكاله فلا محذور

و فيه إمكان تصحيح ذلك فى المقيس عليه حيث لا محذور فيه إلّا التعليق على أمر متيقّن الحصول الممكن إرجاعه إلى ما أفاده قدّس سرّه و هذا بخلاف المقيس لاستلزامه الجهل بالثّمن و الغرر فى المعامله بناء على كون الشّرط بمنزله جزء من العوضين فيلزم أن

يكون الثّمن هو الدّرهم على تقدير و مع الضّميمه على تقدير آخر و هذا معنى لزوم أدائه إلى البيع بثمنين كما قيل و إرجاع التّعليق إلى متعلّق الشّرط أى الخياطه لا إلى نفس الشرط لا يدفع هذا المحذور و هو اختلاف الثّمن على التقديرين

و حينئذ فالمتّجه فى الجواب أن يمنع كون الشّرط جزءا للثّمن حقيقه حتّى يختلف الثّمن كيف و لازمه تبعّض المعامله بتعذّر الشّرط كما فى الأجزاء الحقيقيّه بل المراد من كونه بمنزله الضّميمه أنّ الإلزام و الالتزام الواقعين بين العوضين منوطان بالوفاء به فمع التعذّر لا إلزام و لا التزام و هذا هو حقيقه الخيار كما قدّمناه مشروحا

و كيف كان فلا إشكال فيه من تلك الجهه و لا من جهه الإجماع على اعتبار التّنجيز فى العقود فإنّ القدر المسلّم منه خصوص بابى العقود و الإيقاعات باستثناء موارد فيهما أيضا و على أىّ حال ثبوته فى باب الشّروط غير معلوم بل الظّاهر من غير واحد من الأجلّه نفوذ الشّرط مع التّعليق كما صرّحوا به فى الخيار المشروط بردّ الثّمن و يدلّ على نفوذه مضافا إلى ذلك كلّه ما ورد فى امرأه مكاتبه أعانها ولد زوجها على أداء مال كتابتها مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشّرط و صحّته مستشهدا بعموم المؤمنون عند شروطهم فإنّه أقوى دليل على المدّعى كما لا يخفى

[مسأله فى حكم الشرط الصحيح و تفصيله]

[القسم الأوّل إذا تعلق الشرط بصفه من صفات المبيع]

قوله قدّس سرّه و لا إشكال فى أنّه لا حكم للقسم الأوّل إلّا الخيار مع تبيّن فقد الوصف المشترط إذ لا يعقل تحصيله هنا إلى آخره

ينبغى تخصيص ذلك بالأوصاف الّتى لا يمكن تحصيلها و إحداثها للمشروط عليه قبل تسليم الموصوف إلى مالكه و إلّا كوصف الكتابه للعبد مثلا أو إزاله العيب عنه إذا كان معيبا فاللّازم عليه تحصيل الشّرط و تسليمه متّصفا بالوصف و لا خيار للمشروط له أيضا فإنّ المدار فى وجود الوصف و عدمه حال التّسليم لا حال وقوع العقد عليه و لذا حال فقد الوصف كتجدّد العيب مثلا بعد العقد و قبل القبض حال فقدانه حال العقد فى كونه موجبا للخيار كما تقدم تفصيلا

نعم إذا كان المناط حال العقد و اتّصافه بالوصف حين وقوعه عليه فنتيجه ما أفاده من عدم الفرق لعدم إمكان تحصيل الوصف المعتبر وجوده حال العقد إلّا أنّ ذلك يحتاج إلى قرينه أخرى و مئونه زائده على ما يقتضيه الاشتراط و إلّا فما هو المعهود المتعارف من الاشتراط فى ضمن العقود من أوصاف العوضين اتّصافهما بها حال تسليمهما و عليه يتفرّع ما اختاره فى خيار العيب من أنّه لو زال بعد العقد و قبل القبض بل قبل العلم و لو بعد القبض يسقط به الرّد بل نقل عن العلّامه التّصريح فى مواضع من التذكره بأنّه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرّد سقط حق الرّد و كذلك لو زادت القيمه السّوقيّه فى خيار الغبن قبل العلم به أو بعده و قبل الفسخ أو بعده و قبل الرّد يسقط خياره و إن ناقشناه فى بعض فروضه

و على أىّ حال لو زادت القيمه أو زال العيب قبل تسليمه إلى من انتقل إليه فلا ينبغى الإشكال فى سقوط الرّد فالمدار على حال

القبض لا ـ على حال العقد كما لا يخفى ثم إنّ ما أفاده قدّس سرّه من أنّه لا حكم لهـذا القسم أى اشتراط الوصف الرّاجع إلى العوضين إلا الخيار لعدم أثر آخر له شرعا حتى يترتّب عليه بأدلّه وجوب الوفاء بالشّرط مبنىّ على ما اختاره فى هذا الباب من أنّ مفاد أدلّه الشّرط و وجوب الوفاء به ترتيب ما له من الأثر شرعا فتكون فقط متكفّله لبيان الحكم التّكليفى و أمّا اللّزوم الوضعىّ فهو منتزع من التّكليف كما هو مختاره فى مطلق الوضعيّات على ما يظهر من بعض كلماته و إن كان بعضها موهما لخلافه

و كيف كان فما أفاده هنا من أنّه

لا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم مبنىّ على هذا المسلك أى انتزاع الوضعيات من التّكليف و عدم تأصّلها بالجعل

و يرد عليه مضافا إلى بطلان هذا المبنى من أصله كما حقّقناه فى محلّه أن بناء عليه لا موجب للخيار أيضا و لا دليل على جوازه و نفوذه إذ المفروض عدم شمول الأدلّه للمسأله لانتفاء الأثر الشّرعى و لا يصحّ شمولها باعتبار نفس الخيار لأنّه متفرع على نفوذ الشّرط و لزومه على المشروط عليه حتى يوجب تعذّره أو امتناعه جواز الفسخ للمشروط له فيلزم أن يكون ثبوت الخيار فى المسأله بلا دليل يوجبه و لا يكاد يصحّ الالتزام به لأنّه من أظهر موارد ثبوت الخيار لتعذّر الشّرط و أوضح أقسامه كما لا يخفى على المتأمّل فتأمل

و حينئذ فلا محيص من القول بأنّ مفاد الأدلّه بيان اللّزوم الوضعى و يترتّب عليه ما له من الأثر الشّرعى لو كان له أثر كما فى غير المقام و هذا هو الظّاهر المتبادر من قوله ع المؤمنون عند شروطهم فإنّ الظّاهر من موارد استعمالات هذا الظّرف الوقوف عند الشّى ء و عدم إمكان المضىّ عنه فيكون المعنى و اللّه العالم أنّهم واقفون عند شروطهم و ملزمون بها و هذا معنى اللّزوم الوضعىّ كما لا يخفى و كذلك وجوب الوفاء بالشّرط لو كان فى أدلّه الشّروط ما هو بهذا المضمون كما فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كنايه عن حصول الشّرط و تحقّقه و ثبوته على المشروط عليه و فى ذمّته و غير ذلك من التعابير الّتى نتيجتها مطلوبيّته لأدائه لا مجرّد ترتّب الآثار حقّ يختصّ بمورد دون مورد بل معنى يعمّ جميع الموارد و يستتبع وجوب معامله ملك الغير مع المشترط فى ما له من الآثار شرعا فتأمل جيّدا

[القسم الثّالث إذا تعلق الشرط بما هو من قبيل الغايه]

قوله قدّس سرّه و أمّا الثّالث فإن أريد اشتراط الغايه إلى آخره

و المراد من الغايات النّتائج الحاصله بالعقود و الإيقاعات مثل الملكيّه و الحريّه و نحوهما فالكلام فيها فى أنّها كما تحصل بأسبابها المعدّه لها كذلك تحصل بنفس الاشتراط فى ضمن عقد آخر أم لا بل لا بدّ فى حصولها من إنشائها مستقلّا و لا يصحّ جعلها تبعا لأحد العوضين فى عقد آخر و لذا لو كانت بنفسها تبعا لأحد العوضين كالزّوائد المتّصله فى الحيوان مثل صوفه و وبره مثلا فإنّه يملّك بتبع العين سواء اشترط أو لم يشترط بل استثناؤه يحتاج إلى الاشتراط و كذلك ما لم يكن بنفسه تبعا و لكن باشتراطه يصير تابعا حقيقه

و بعباره أخرى يصير من لواحق المتبوع و زوائده كبيع الدابّه مع الحمل و العبد مع ماله و نحو ذلك فإنّ الظاهر عدم الإشكال فى صحّه الاشتراط فى أمثال هذه المقامات سواء كانت الغايه متوقّفا حصولها على سبب خاصّ أو لم يكن فلو بيع الدابّه مع حملها أو الشّجره مع ثمرتها يصحّ و لو قلنا بتوقّف البيع على سبب خاصّ فإنّ المعاوضه هنا بين المتبوع و عوضه حقيقه و إنشاء فلا يرد عليه ما يرد على غير هذا المقام كما يأتى الإشاره إليه إن شاء اللّه

و حينئذ فدعوى تسويغ هذه الموارد لكونها توابع للمبيع موجّهه و ما أفيد من عدم صلاحيّه ذلك للفرق غير مفيد لوضوح الفرق

بين اشتراط حمل الدابّه أو ثمره الشجره و اشتراط كون مال آخر ملكا له بلا عوض

و حينئـذ ما يوجّه على المحقّق الثّانى هو جعل الحمل تبعا لدابّه أخرى فإنّ من المعلوم أنّه لا يصـير تبعا لها بالجعل كما لا يخفى لا على أصل التبعيّه و عدم صلاحيّتها للفرق

و كيف كان فالّذى هو محلّ الإشـكال أن لا يكون المشترط بنفسه تبعا لأحد العوضين و لا بالاشتراط يصير كذلك بل كان تبعا لأحدهما فى العقد إنشاء مع كونه بنفسه شيئا مستقلا فى عرضهما يبذل بإزائه المال كالبدل بإزائهما

كأن يقال بعتک هذا الكتاب بدرهم على أن يكون هذا القميص لى أو لزيد أيضا

و على أىّ حال فقد بناه قدّس سرّه على أن يكون الغايه ممّا ثبت بالدّليل اعتبار تحقّقها بسبب خاصّ كما لا يبعد دعواه فى جميع الإيقاعات كالطّلاق و العتاق فلا تكاد تحصل بالشّرط بل يكون الشّرط فاسدا لكونه مخالفا للكتاب أو كانت ممّا لا يتوقّف تحقّقه على سبب خاصّ كالوكاله و الوصايه فيصحّ الاشتراط و الّذى يشكّ فى أنّه من أىّ القسمين و لم يدلّ دليل واضح على أحد الوجهين فيبنى على نفوذ الشّرط و صحّه الاشتراط إلّا لأجل التّمسّک بعمومات الشرط فإنّ الشّبهه مصداقيه بل الأصل الّذى أسّس فى مسأله الشک فى المخالفه من استصحاب عدم المخالفه للكتاب بالبيان الّذى أسلفناه

هذا ملخّص ما أفاده قدّس سرّه فى هذه المرحله و حيث أثبتنا سابقا و بيّنا مشروحا عدم جريان هذا الأصل و نظائره رأسا فلا بدّ فى المقام من الكلام أولا فى أنّ المانع من نفوذ الاشتراط ما أفاده قدس سرّه من اختصاص الغايه بسبب خاصّ أو من جهه أخرى غير تلک الجهه و ثانيا فيما هو المعوّل عند الشک فى النفوذ و عدمه بعد البناء على عدم جريان هذا الأصل فنقول الظّاهر أنّ الشکّ فى حصول الملكيّه لشى ء بالشّرط كما فى أمثال المذكور الّذى هو أحد الموارد المشكوكه ليس من ناحيه السبب و احتمال اختصاصه بلفظ البيع أو الهبه مثلا فإن لازم ذلک عدم جواز وقوع الصّلح عليه أيضا فإنّ حال الصّلح بعينه حال الشّرط من هذه الجهه بناء على كونه عقدا برأسه كما هو التّحقيق لا أن يكون تبعا لسائر العقود كما قيل و كذلک لازم ذلک التّسليم على عدم إفاده المعاطاه للملكيّه مع أنّها محلّ كلام و إشكال

بل قد حقّق فى محلّه أنّ العمده فى جهه البحث عنها ليس من جهه اختصاص الملكيّه بسبب خاصّ أو عدم اختصاصها به بل من جهه أنّ ما وقع فى الخارج من الفعل هل هو مصداق للتّمليک بحيث يصحّ حمله عليه بالحمل الشّائع أو مصداق لمطلق الإباحه و التّسليط الأعمّ من التّمليک و غيره

و بالجمله فالظّاهر أنّه لا ينبغى الإشكال فى عدم اختصاص الملكيّه بسبب خاصّ و لذا يجوز حصولها بالصّلح عليها بلا خلاف فيه ظاهرا و إذا جاز حصولها بالتّسالم عليها جاز حصولها بالاشتراط أيضا فإنّهما توأمان يرتضعان من ثدى واحد كما حقّق فى محلّه و كذلک لو كان الشرط ملكيّه شى ء بعوض خاص غير ما جعل عوضا فى عقد المعاوضه مثل أن يقال بعتک هذا الكتاب بدرهم بشرط أن يكون هذا القميص لک أيضا بدرهم فالظّاهر عدم الإشكال فى صحته مع أنّه لو كان مختصا بسبب خاصّ ينبغى الإشكال فى تلک الصّوره أيضا

و كيف كان فالظّاهر أنّ الإشكال فى اشتراط الملكيّه فى ضمن العقد ليس من جهه السّبب و احتمال اختصاصه بسبب خاصّ بل من ناحيه المسبّب فإنّ المعهود من الشّريعه فى تملک الأعيان كونها إمّا بعوض مسمّى كما هو مدلول عقد البيع و إمّا مجّانا بلا عوض و أعدّ له عقد الهبه و إمّا كونه لا بلا عوض و لا مع العوض على مقتضى ظاهر العقد و أن يقع بإزائه بعض الثمن لا محاله بعد ما فرضنا استقلاله و عدم صيرورته تبعا لأحد العوضين بالاشتراط فكأنه غير معهود من الشريعه فيكون الشّرط مخالفا للكتاب و السّنه لا أنّه غير مقدور للمشروط عليه كما أفاده قدّس سرّه فى مسأله اشتراط القدره فإنّ الغايه و هى تمليک ماله إلى الغير مقدور له و تحت سلطانه و عدم حصوله بنظر الشّارع إلّا بأسباب خاصّه لا يوجب سلب القدره عنه

و الحاصل أنّ التّصرف الشرعی

تاره فى ناحيه المسبّب كعدم جواز بيع المصحف أو المسلم من الكافر بحيث يكون دليله مخصّصا لعموم السّلطنه و قاصرا لسلطنته على غير ذلك الوجه فيصير المسبب غير مقدور له و خارجا عن سلطنته و لذا يدلّ النّهى عنه على فساده و أخرى يكون فى ناحيه السّبب و أنّ الغايه الفلانيّه مثلا لا تحصل إلّا بسبب كذا و كذا و هذا لا يوجب خروجها عن قدرته و قصورا فى سلطنته كما لا يخفى و تمام التّحقيق فى ذلك موكول إلى محلّه فافهم و اغتنم

و كيف كان فالمانع فى المقام سواء كان من جهه السّبب و احتمال اعتبار الخصوصيّه فيه كما أفاده قدّس سرّه أو من جهه المسبّب أى كون المشترط لا مجانيّه صرفه و لا مع العوض هو احتمال كون الشّرط مخالفا للكتاب كما أفاده فى المقام لا كونه غير مقدورا كما أفاده فى ذاك الباب و حينئذ فلابدّ من البحث فيه من تلك الجهه و أنّ المعول فى صوره الشّك فى أحد الوجهين هو عمومات الشّرط أو أصاله عدم تحقّق الغايه إلّا بما علم كونه سببا لها بعد ما عرفت من عدم جريان أصاله عدم المخالفه

نعم على تقدير جريانها تكون حاكمه على الأصل المتقدّم إلّا أنّ صحّه جريان سنخ هذا الأصل كليّه فى محلّ منع كما حقّقناه فى محلّه مشروحا

و حينئذ فإن أمكن الأخذ بعموم المؤمنون عند شروطهم فهو و إلّا فالمرجع هو الأصل المتقدّم أى أصاله عدم تحقّق الغايه و الإنصاف أنّ التّمسّك بالعموم لامحذور فيه و أنّ كون الشّبهه مصداقيه ممنوع جدا بل مرجع الشّك فى جميع ما شكّ فى المخالفه إلّا ما شذّ إلى الشّك فى أنّ الحكم الفلانى مجعول فى الشريعه حتّى يكون اشتراط خلافه مخالف للسّنه أم لا كما فى المقام فإنّ الشّك فى أنّ المستفاد من الأدلّه اختصاص انحصار السّبب المملك للأعيان بالبيع و الهبه أو لا ينحصر بهما كما فى تمليك المنافع كالأفعال فإنّها تاره تبرّع محض و أخرى بإزاء العوض كذلك و ثالثه باشتراطها فى ضمن عقد آخر نتيجته وجوب الوفاء بها فلا يكون تبرّعا محضا و كون تعذّره موجبا للخيار فلا يكون بإزاء الأجره كذلك بل واسطه بينهما فهل يكون الأعيان كذلك أو ينحصر تملّكها بأحد الوجهين فيكون الشّبهه حكميّه لا مصداقيّه كما لا يخفى و كذلك إذا كان الشّك من جهه الاختصاص بسبب خاصّ و عدمه فإنّ مرجعه أيضا إلى الاشتباه فى الحكم و أنّ غيره سبب لحصول النّقل و الانتقال بنظر الشّارع أم لا فلا مساس له بالاشتباه من جهه المصداق و الشكّ فى أنّ الحكم المجعول فى الشّريعه كقوله ع من حدود المتعه أن لا ترث و ما يشبه ذلك هل يعمّ صوره الاشتراط أم لا فيكون الشّبهه مفهوميّه مردّده بين الأقلّ و الأكثر فيؤخذ بالمتيقّن و فى المشكوك عموم أدلّه الشّرط هو الحكم و أوضح من ذلك فى التّمسك بالعموم ما كان من قبيل القسم الأوّل أى يكون الشّبهه حكميّه إذ التمسّك بالعموم فيها بلا محذور و لا شبهه كما حقّق فى محلّه

نعم ربما يشكل فى التّمسك بالعمومات من جهه أخرى و هى كونها مخصّصه بالتّخصيص المتّصل الموجب لإجمالها و سقوط دلالتها التّصديقيّه على العموم بالنّسبه إلى الموارد المشكوكه كما هو القاعده فى جميع المخصّصات المتّصله على ما حقّق فى محلّه و لكن ذلك إنّما يختصّ ببعض العمومات و أمّا ما لا يكون مخصّصا بالتّخصيص المتّصل كما فى بعض أخبار الباب مثل الرّوايه المتقدّمه فى الامرأه المكاتبه فدلالته على العموم محفوظه فيخصّص بما علم خروجه عنه بالأدلّه المنفصله و هو ما علم مخالفته و أمّا بالنّسبه إلى مشكوك المخالفه سواء كان من جهه الشّك فى الحكم أو من جهه الشّبهه فى المفهوم فعمومه

هو الحكم و إجمال ما هو المجمل لا يكاد يسرى إلى الآخر لو لم يكن الآخر مبتيّا و رافعا لإجماله فتدبّر

و بالجمله هذه قاعده كلّيه تجرى فى جميع أبواب المخصّصات و المقيّدات من أنّه لو كان فى المسأله دليلان أحدهما مخصّص بما يوجب إجماله فلا وجه لأن يعامل معامله المجمل مع الآخر أيضا مع أنّ أصاله العموم بالنّسبه إليه غير ساقطه و انقسامه إلى ما يحتمل خروجه و نقيضه محفوظ مثلا إذا قيل أكرم العلماء إلّا الفسّاق منهم و تردّد الفسق بين خصوص ارتكاب الكبيره أو الأعمّ منه و من ارتكاب الصّغيره فشمول هذا العام لمرتكب الصّغيره و إن كان غير معلوم لتخصيصه بما عدا ما هو الفاسق واقعا و لكن لو كان فى البين عام آخر غير مخصّص به كذلك فعمومه بالنّسبه إليه محفوظ و لم يعلم خروجه عنه إلّا على تقدير كون الفاسق لغه و عرفا أعمّ منه و من غيره و هذا التّقدير ليس من لواحق العام و انقساماته حتّى يكون الشّك فيه موجبا للشّك فى عمومه فالانقسام الّذى من لواحقه و طواريه و هو انقسامه إلى مرتكب الصّغيره و غيره محفوظ لم يقع انثلام فيه و ما ليس بمحفوظ شموله له على تقدير شمول الفاسق له بمفهومه و هذا ليس من لواحق العام و طواريه كما هو واضح

و الحاصل أنّ التّمسك بعمومات الشّرط فى المقام الّتى لم تكن مخصّصه بتخصيص متّصل لا مانع فيه و لا محذور فيما إذا كان الاشتباه من جهه الشّبهه فى المفهوم فضلا عن كونه من جهه الشّبهه فى أصل الحكم و أنّ الحكم الفلانى فى الشّريعه مجعول أو ليس بمجعول بل يمكن التّمسك بالعمومات المخصّصه بغير عنوان الموافقه و المخالفه أيضا كقوله ع المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما و نحو ذلك فيما إذا شكّ من جهه المخالفه و الموافقه لا من جهه الحليّه و الحرمه كما فى أمثال المقام فإنّ إطلاقها من تلك الجهه محفوظ فيعمّ موارد الشّكّ فإنّ الشّك فى تحقّق الملكيه أو الحريّه مثلا بالشّرط لا ربط له بالحليّه و الحرمه بل من جهه كونه مخالفا للكتاب و عدمه فتلك العمومات أيضا لا مانع من التّمسك بها فتأمل جيّدا

و لعلّ هذا هو الوجه فيما هو المرتكز فى الذّهن من عدم صحّه البناء على فساد الشّرط بمجرّد احتمال مخالفته للكتاب و يأبى عنه الفهم المستقيم و لذا يرى أنّ الشّيخ قدّس سرّه مع إصراره البليغ و منعه الأكيد لجريان استصحاب العدم النّعتى بلحاظ العدم السّابق على وجود الموضوع و عقد تنبيه لذلك فى تنبيهات الاستصحاب يتشبّث بذيل هذا الأصل فى هذا الباب و يتمّ المطلب بذاك المشرب

و لكنّ التّحقيق ما ذكرناه من التّمسك بالعمومات و منشأ الخلط تخيّل أنّ الشّك فى هذه الموارد من جهه الشّبهه فى المصداق لتبيّن مفهوم المخالفه فمرجعه إلى أنّه مخالف أم لا و لكن قد عرفت أنّ مفهوم المخالفه عنوان منتزع عن أنواع الالتزامات المنافيه للحكم المجعول فى الشّريعه فلو كان الشّك فى أصل جعل الحكم أو فى إطلاقه لمورد المشكوك فمستند إلى القصور فى البيان الشّرعى لا إلى الاشتباه من جهه الأمر الخارجى

نعم لو شرط فى ضمن عقد ثمّ شكّ فى كيفيّه شرطه بأنّه كان على وجه يخالف الكتاب أو على وجه لا يخالفه فيكون الشّبهه مصداقيّه و لكنّه قليل جدّا بل غالب موارد الشّك فى المخالفه من إحدى الجهتين اللّتين أشرنا إليهما فلا مساس له بالشّبهات المصداقيّه فافهم و اغتنم فإنّ المقام صار مزله لأقدام الأجلّه فضلا عن أمثالنا من الطّلبه و اللّه الهادى إلى طريق الرّشد و الهدايه

[القسم الثّانى و هو ما تعلّق فيه الاشتراط بفعل]

[الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله و إنّما الخلاف و الإشكال فى القسم الثّانى و هو ما تعلّق فيه الاشتراط بفعل إلى آخره

اعلم أن البحث

فی المسأله لیس من جهات عدیده کما أفاده قدّس سرّه من جعل الکلام تاره فی الحکم التکلیفی و جعل المخالف فیه خصوص الشهید قدّس سرّه و أخری من حیث جواز الإجبار و عدمه عند امتناع المشروط علیه ثمّ إرجاع ذلک إلی المسألتین تاره فمن حیث الوضع و کون الشّرط سببا لثبوت حقّ لصاحبه علی من اشترط علیه کسائر الحقوق من کونه موجبا لاشتغال الذمّه و یسقط بإسقاطه و غیر ذلک و أخری من حیث جواز الإجبار و عدمه علی کلا الوجهین بل الظّاهر أنّ مرجع البحث کلّه إلی أمر واحد و هو أنّ مقتضی الاشتراط فقط انقلاب العقد اللّازم جائزا کما أفاده الشّهید أو یکون متضمّنا لوضع آخر و هو استحقاق الشّرط لمن له الشّرط و اشتغال ذمّه المشروط علیه فلازمه جواز الإجبار علیه عند امتناعه کما لو آجر نفسه لفعل و عمل و کذلک مقتضاه وجوب أداء الحقّ لصاحبه فمرجع الکلام إلی ما أفاده قدّس سرّه فی آخر کلامه من أنّ المشروط له قد ملک الشّرط علی المشروط علیه بمقتضی العقد المقرون بالشّرط انتهی

و ذلک لوضوح أنّ الحکم التّکلیفی السّاذج بحیث لا یسقط بإسقاط المشروط له و یکون وجوب الوفاء به تکلیفا کسائر التّکالیف الوجوبیّه فی عرض التّکلیف بوجوب أداء مال الغیر مع مطالبته ممّا لا ینبغی أن یحتمله أحد لبداهه سقوطه بإسقاط الشّرط فلا یکون من قبیل حرمه الغیبه و الشّتم و الضّرب و نحوها أیضا بأن یکون فیه جهتان جهه متعلّقه باللّه تعالی من حیث کون هذه الأمور مخالفه و عصیانا له و جهه متعلقه بالمغتاب و المضروب من حیث کونها إیذاء لهما و لذا لا یکاد یسقط عصیانه تبارک و تعالی بإسقاط المغتاب حقّه کما لا یکاد یجوز بإذنه فی غیبته أو شتمه و هذا بخلاف المقام فإنّه یسقط الشّرط بإسقاط المشروط و لا یجب الوفاء به مع إذنه و رضاه بترکه أو بتأخیره

و کیف کان بعد الاتّفاق ظاهرا علی سقوط الشّرط بإسقاطه من صاحبه فیما عدا شرط العتق فالتّکلیف الممحّض فی کونه حقّا للّه تبارک و تعالی ممّا لا یکاد یحتمل و کذلک المشوب منه و من حقّ النّاس کما فی موارد الغیبه و الشّتم و القذف و نحوها لبداهه عدم تسویغها بإذن المشتوم و المقذوف و قطعا کما لا یخفی فالتّکلیف الّذی یتصوّر فی المقام ما یتبعه ملکیه الشّرط للمشروط له و استحقاقه لأن یطالبه فیجب أداؤه شرعا أیضا کما فی الدّین و أشباهه

و حینئذ فالبحث عنه فی قبال الوضع و جعله أمرا مستقلا بنفسه فی غیر محلّه فضلا عن البحث فی ظواهر الأدلّه من أنّها دالّه علی الوجوب و الاستحباب کما احتمل فإنّه مبنیّ علی حمل ظواهر الأدلّه علی التّکلیف السّاذج فیمکن القول بالاستحباب نظرا إلی ترتب الحکم علی عنوان المؤمن أو لکون مساقها مساق أدله استحباب الوفاء بالوعد و مکروهیّه خلفه و نحو ذلک

و أمّا بعد ما عرفت من عدم احتمال التّکلیف المحض و دلاله الأدلّه علی ثبوت الوضع کما استظهرناه من قوله ع عند شروطهم أی واقفون عندها و ملزومون بها فلا یبقی مجال الاستحباب بلا ارتیاب بل احتماله من مثل شیخنا أستاذ الأساتید بعید غایه البعد کما أنّ مقایسه الشّرط بالوعد و أخباره الدّاله علی حسن الوفاء به فی غیر محلّها لبداهه أنّ الوعد لیس متضمّنا للإلزام و الالتزام بوجه بل إخبار بأمر ممکن الوقوع و عدمه غایته یستحبّ القیام به مع إمکانه و أنّی هذا من الاشتراط و الالتزام و إیجاب شی ء علی نفسه إنشاء لا إخبارا فتأمل جدا

و کیف کان فالّذی ینبغی أن یحرر

فی المقام أنّ فائده الشّرط صرف جعل العقد عرضه للزّوال و إناطه لزومه العقدی أو الشّرعی بحصول الشرط فمع عدم حصوله و لو بالاختیار ینتفی اللّزوم فلا موجب للقهر و الإجبار أو ثبوت حقّ مالکی لصاحب الشّرط علی الآخر المستتبع لجواز الفسخ عند تعذّر تسلیمه کتعذر تسلیم العوضین لا مجرّد تخلّفه فلو امتنع یجبر علی التّسلیم و أداء الحقّ إلی مالکه کما لو امتنع من تسلیم العوض المنتقل عنه فإنّ مجرّد ذلک لا یوجب الخیار مع إمکان الأخذ منه و لو بالإجبار بل یتوقّف الخیار و انفساخ العقد علی تعذّر التّسلیم کما هو واضح لا یخفی

و من هنا یظهر أنّ المخالف فی المسأله لا ینحصر بالشّهید قدّس سرّه بل کلّ من قال بعدم جواز إجباره کالعلّامه فی بعض کتبه و الشّیخ علی ما نقل عنه فی المبسوط و غیرهما مرجع کلامه إلی الوجه الأوّل لا محاله إذ لا یکاد یستقیم المنع إلّا بذلک أی منع الحقّ المالکی المشروط له علی الشّارط رأسا أو ثبوته علی وجه ینتج التّخییر بین الوفاء بالشّرط أو فسخ العقد عرضا و تصویره لا یخلو عن غموض فتأمل جیّدا

و حینئذ فالتّفکیک بین المسألتین أی من حیث وجوب الوفاء و عدمه و تخصیص الخلاف فیه إلی الشّهید قدّس سرّه و من حیث جواز الإجبار و عدمه و نسبه الخلاف فیه إلی جماعه فی غیر محلّه

نعم ربما یکون الاختلاف بینهم من جهه المبنی حیث لم یوجّه غیر الشّهید المانع إلی تعلیق العقد و إناطه الالتزام بالشّرط فینتفی عند انتفائه فلعلّ الوجه عندهم مطلب آخر کما یدلّ علیه تصریح العلامه فی مواضع من التّذکره ببطلان التّعلیق فی العقد علی وجه الإناطه و أمّا الشّهید قدّس سرّه فصریح کلامه فی نکت الإرشاد و غیره أنّ الوجه فی ذلک هو التّعلیق و إناطه الالتزام العقدی بحصول الشّرط فإذا لم یحصل فیجوز له الرّضا بالفاقد من دون التزام و هذا معنی الخیار و قلب العقد اللّازم جائزا

قال قدّس سرّه فی مقام التّفصیل بین اشتراط الغایه أو الفعل المعبّر عنهما تاره بأمر حالی أو استقبالی و أخری بما کان العقد کافیا فی تحقّقه و ما لم یکن کافیا فی تحقّقه و مرجعهما إلی اشتراط الغایات أو المبادی فلا یکون تفصیلا فیما هو محلّ الکلام کما توهّم أنّ الشّرط الواقع فی العقد اللّازم إن کان العقد کافیا فی تحقّقه و لا یحتاج بعده إلی صیغه فهو لازم لا یجوز الاختلال به کشرط الوکاله و إن احتاج إلی آخر وراء ذکره فی العقد کشرط العتق فلیس بلازم بل ینقلب العقد اللّازم جائزا أو جعل السّر فیه أنّ اشتراط ما یکون العقد کافیا فی تحقّقه کجزء من الإیجاب و القبول فهو تابع لهما فی اللّزوم و الجواز و اشتراط ما سیوجد أمر منفصل عن العقد و قد علّق علیه العقد و المعلّق علی الممکن ممکن و هو معنی قلب اللّازم جائزا انتهی

و فیه أوّلا أنّ ظاهر الاشتراط لیس تعلیق الالتزام علیه بل التزام بنفس الشّرط کما هو محلّ البحث و إن قیل إنّ مرجعه إلی إناطه الالتزام به و تعلیقه علیه فهذا لا یوجب الفرق بین المقامین ففی کلیهما یئول إلیه غایته فی اشتراط الغایات إن کانت الغایه ممّا یمکن إیجادها بسبب کالوکاله یجب تحصیلا للشّرط و وفاء بالعقد و إن کانت ممّا لا یمکن إیجادها بسبب کاشتراط الخیار أو عدمه یکون فاسدا لتعلیق العقد علی أمر غیر حاصل لا یمکن تحصیله أیضا بسبب و إن قیل بأنّه لا یئول إلی التّعلیق بل التزام به و نفس اشتراطه إنشاؤه کما فی اشتراط الخیار فنحن نقول به فی شرط الفعل أیضا

و على أىّ حال بعد ما كان كيفيّه العقد و الاشتراط بحسب الإنشاء العقدى على نهج واحد فلا وجه للتّفصيل و التّفرقه بين اشتراط الفعل و الغايه و ثانيا أنّ مرجع التّعليق إن كان إلى إناطه الإنشاء و إيقاعه على تقدير دون تقدير فهذا أمر مستحيل كما حقّقنا فى محلّه أنّ المعانى الإيجاديه

غير قـابله لإناطتهـا بأمر غير حاصل فإنّها إمّا توجـد بإنشائها أو لا توجـد فلا معنى لإيجادها معلّقه على غيرها كما لا يخفى مضافا إلى أنّهـا معان حرفيّه غير ملحوظه عنـد الاسـتعمال غير ملتفت إليها فى هـذا الحال فلا يمكن لحاظ الإطلاق أو التّقييـد فيها و إن كان المرجع إلى تقييـد المنشإ أى البيع مثلا بأن ينشأ ملكيّه خاصّه بإرجاع القيـد إلى الماده نظير قيد الواجب و هذا و إن كان فى الأـمور الخـارجيّه كالضّـرب و القتـل مثلاـ أيضـا غير متصوّر لامتنـاع إنـاطه الفعـل الصّادر على أمر خارج عن الاختيار مثل إناطه الضّـرب على وقوعه على المضـرب و إن كان عـدوّا دون ما إذا كان صـديقا بل يكون العنوان من قبيل الـدواعى على الفعل تاره يتخلّف عنه و أخرى يصـادفه كمـا هو واضـح إلّـا أنّه فيما إذا كان المنشأ من الاعتباريات كالملكيّه و الزّوجيّه فحيث إنّ وجودها على نحو اعتبارهـا فيصـحّ اعتبارها على وجه خاصّ و إناطتها على تقـدير دون تقـدير فيكون التّعليق فيها بمكان من الإمكان كما فى قيود الواجب فإنّها أيضا من هذا الباب

و لكن ذلك مضافا إلى كونه مخالفا للإجماع على بطلان التّعليق فى العقود و اعتبار التّنجيز فيها بلا إشكال لا يكاد ينتـج الجواز بل مقتضاه بطلان العقد رأسا لأنّ المفروض عدم إنشاء البيع على تقدير انتفاء الشّـرط و انتفاء المشروط بانتفاء شرطه حكم عقليّ غير قابل للتّخصيص إلّا بإرجاع الاشتراط إلى معنى لا ينافى مع بقاء المشروط كما يأتى تصويره إن شاء اللّه

نعم الّذى يفيد الخيار و انعقاد العقد جائزا إناطه الالتزام الّذى يدلّ عليه العقد التزاما و يتضمّنه عرفا على وجود الشّرط فعند انتفائه لا التزام للمشـروط له حتى يجب الوفاء به بـدليل الإمضاء شـرعا فينقلب اللّزوم جوازا كما هو مدّعاه قدّس سرّه و لكنه مبنىّ على كون الالتزام ملحوظا بنفسه فى حال العقد و منشأ به باسـتقلاله مثل أن يصرّح به بأن يقول مثلا بعت هذا بهذا و التزمت به و ليس كـذلك بالبـداهه بل مـدلول العقـد إنشاء البيع على وجه الالتزام فيكون كيفيّه لإنشائه و نحوا من أنحائه يتعبه قهرا على حسب ما هو المفهوم منه عرفا و بهذا الاعتبار يسمّى عقدا و لذا نقول بأن المعاطاه بيع لا عقد فتأمل جيدا

و كيف كـان فقـد ظهر بطلاـن التّعليق بجميع أنحائه و ما يتصوّر فيه التّعليق منها لا يكاد يفيـد الخيار و ينتـج الجواز و ما يفيـده و ينتجه لاـ يكـاد يصـحّ التّعليق فيه كما قلنا هـذا إذا كان المراد تعليق الإنشاء و الالتزام العقـدى على وجود الشّـرط كما هو صـريح كلاـم الشّـهيد رفع مقـامه و إن قيل توجيها لكلامه و وجها لمن قال بمقالته من الأجلّه كما أشـرنا إليه من التردّد أو الميل إليه من بعض عبارات التذكره

و نقل عن الشّـيخ فى مبسوطه أيضا و غيرهما أنّ المراد إناطه الحكم الشّرعى و هو وجوب الوفاء بالعقد بوجود الشّرط بعد تسليم أنّه بحسب التزامه بالعقـد غير منوط بشـى ء و غير معلّق على تقدير دون تقدير و لكن لا شـبهه أنه لم يلتزم بالفاقد فلا يعمّه دليل وجوب الوفاء بالعقود فيقع جائزا لعدم الدّليل على اللّزوم

و فيه أن المشـروط له و إن لـم يلتزم بالفاقد إلّا أنّ المشـروط عليه التزام بإعطاء الشّـرط وصفا كان أو فعلا فيجب عليه الوفاء على حسب التزامه بأن يؤدّى الشّرط إلى من له الشّرط أداء الحق إلى صاحبه فمع امتناعه يجبر عليه كما فى سائر الحقوق و الأموال

و ثانيا أنّ عـدم التزام صاحب الشّـرط بالفاقـد و إن صـحّ إلّا أنّ فيه مغالطه إذ ليس معناه عدم وجوب وفائه بالعقد بل معناه الأخذ

بالشّـرط و الوفـاء بالعقـد بمعنى أنّه إمّـا أن يتجاوز عن حقّه أو يطالبه و مع امتناعه يجبره عليه نظير ما يقال فى الشكّ فى الأقلّ و الأكثر أنّ الأقل على تقدير وجوب الأكثر ليس بواجب

فإنّ معناه وجوب الإتيان به و بالأكثر لا سقوط التّكليف عنه فتدبّر

و كيف كان فما يظهر من هؤلاء الأجلّه من عدم جواز الإجبار على الشّرط مع تصريحهم بأنّه كالجزء من العوضين بل أنّ له قسطا من الثمن و ثبوت الخيار بمجرّد التخلّف لا وجه له و أضعف من ذلک تفصيلهم فی مسأله اشتراط العتق بأنّه إن قلنا إنّه حق للّه تعالى يجبر عليه لو امتنع و إن قلنا إنّه حقّ للبائع لم يجبر إذ لا معنى لكونه حقّا له تبارک و تعالى إلّا اعتبار قصد التقرّب فيه و لازمه التعدّی إلى كلّ ما يكون كذلک كاشتراط الوقف أو الصّدقه أو بناء قنطره و غيرها من الوجوه البريّه فلا وجه للاختصاص بالعتق و لا يقاس بمنذور الصّدقه و غيره لبداهه الفرق بينهما فإنّ طرف الالتزام هنا هو اللّه تعالى دون المشروط له كما لا يخفى

و كيف كان فقد ظهر من مجموع ما ذكرنا أن بالشّرط يثبت حق مالكيّ للمشروط له على الشّارط الموجب لاشتغال ذمته به كما فی سائر الحقوق و يسقط بالإسقاط كما اتّفقوا عليه و تسالمهم ظاهرا فی غير اشتراط العتق و قد عرفت عدم الفرق بينه و بين غيره من الأمور القربيّه و غيرها الرّاجع انتفاعها إلى من له الحقّ أو الأجنبی فيستحقّ المطالبه و الإجبار مع المماطله و مع التعذّر يوجب الخيار لعدم التزامه بفاقد الشّرط

نعم توجيه الخيار مع صحّه البيع دون البطلان كما يسبق فی بادی النّظر مطلب آخر يأتی الكلام فی تنقيحه آنفا فتدبّر

[الثالثه فی أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التّمكّن من الإجبار]

قوله قدّس سرّه الثالثه فی أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التّمكّن من الإجبار

لا يخفى أنّ المسأله بعينها هی المسأله السّابقه باختلاف يسير و تفاوت فی العباره و لعلّه سهو من قلمه فراجع و تدبّر

نعم زيادتها على السّابقه أنّه لو كان الشّرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابه فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذّر إجباره أو عند امتناعه مطلقا نظرا إلى عدم تحقّق الإنشاء عن طيب و رضاء مع اعتباره فيه فيدور بين سقوط أحد الشّرطين من الطّيب و الرّضا أو المباشره و قد استدلّ على جواز إيقاعه للحاكم بعموم ولايه السّلطان على الممتنع و لكن لا يخفى أنّ عمومه مع وجود المولى عليه و حضوره و كمال عقله و بلوغه ممنوع فتأمل جيّدا

[لو تعذّر الشّرط فليس للمشترى إلّا الخيار لعدم دليل على الأرش]

الرّابعه لو تعذّر الشّرط فليس للمشترى إلّا الخيار إلى آخره

سواء كان الشّرط متعذّرا حال العقد أو طرأ التعذّر عليه من غير فرق بين ما يرجع إلى العوضين كالأوصاف أو غيره من الأمور الخارجيّه كالأفعال و الأعمال نعم لو كان الفعل متعذّرا ابتداء فيدخل فی مسأله العقد المشروط بالشّرط الفاسد و سيأتی أنّ

الحكم فيه أيضا هو الخيار لا الفساد كما هو مختار جماعه من الأمجاد

و كيف كان تحقيق البحث فى المقام يقع فى مطالب ثلاثه الأوّل فى صحّه العقد و عدم بطلانه بتعذّر الشّرط الثّانى فى جوازه و ثبوت الخيار للمشروط له و كيفيّه الجمع بين الصّحّه و الجواز على ما يقتضيه القاعده نعم بناء على مسلك شيخنا العلّامه قدّس سرّه من اقتضاء القاعده البطلان و إثبات الخيار بالتعبّد من الإجماع و قاعده الضّرر فالأمر سهل و لكن قد أبطلنا هذا المسلك فى خيار الغبن و غيره مشروحا فإنّ الإجماع فى أمثال تلك المسائل العرفيّه الإمضائيّه شرعا تحصيله لا يخلو عن تأمّل

و أمّا القاعده فقد حقّقنا فى محلّه أنّه لو ثبت الخيار بوجه آخر من استناده إلى تعذّر الشّروط الضمنيّه أو الصّريحه فالتمسّک بها فى محلّه حيث إنّ الوفاء و الرّضا بفاقد الشّرط ضرر على المشروط له إلّا أنّه مستغنى عنه فى تلك الصّوره و إن لم يثبت الخيار بوجه آخر فلا موقع للتمسّک بأدلّه الضّرر و لإقدام المشروط له على المعامله بعلم منه و اختياره و مجرّد تخلّف الشّرط لا يكاد يوجب الخيار

كتخلّف سائر الأمور الباعثه على الإقدام على المعامله فتأمل جيّدا

و بالجمله تتميم المسأله على ما تقتضيه القواعد لا يخلو عن الغموض و تدقيق النّظر كما سيتّضح عليك إن شاء اللّه الثّالث فى جواز أخذ الأرش من التّفاوت بين واجد الشّرط و فاقده بالنّسبه إلى الثّمن و المثمن كما فى خيار العيب و مبنى المسأله أنّ ثبوت الأرش فيه على القاعده أو على خلافها ثبت بالنّصوص تعبّدا فهاهنا مقامات من الكلام الأوّل فى إثبات الصّحه و عدم بطلان العقد بتعذّر الشّرط فنقول إنّ الخصوصيّه الفاقده تاره تكون ركنا فى المعامله و عنوانا للعوضين كالصّور النّوعيّه الّتى للأشياء الّتى يبذل بإزائها الأموال و تقع فى العقد بإزائها الثّمن مثل كون المبيع حمارا و غلاما و نحو ذلك ممّا يوجب تخلّفه اختلالا فى أركان العقد على حسب ما قصده المتعاقدان مثل ما إذا باع غلاما حبشيّا و ظهر حمارا وحشيّا و هذا يوجب بطلان المعامله بلا شبهه و لو فى البيع الشّخصى فإنّ المبادله فيه و إن وقعت بين الثّمن و هذا الموجود الخارجى كيف ما كان لكن لا بمادّته الهيولائيّه حتّى تكون محفوظه فى المثال المفروض بل بصورته النّوعيّه المفروض انتفاؤها لأنّها الّتى يبذل بإزائها المال و يقع فى مقابلها الثّمن فما يقال إنّ العقود تابعه للقصود محلّ استعماله فى تلك الصّوره حيث إنّ ما قصده البائع مثلا و بذل بإزائه الثّمن منتف و ما هو موجود لم يقصده و لم يبذل بإزائه شى ء و لا يصحّ أن يقال إنّه من قبيل تخلّف الدّواعى بمعنى أنّ اعتقاد كونه غلاما صار داعيا لبذل المال بإزاء الموجود الخارجى لما عرفت من أنّ المعنى المحفوظ فيه و لو بانسلاخ ذلك العنوان عنه هو المادّه الهيولائيّه الغير القابله للمعاوضه لعدم الماليّه لها فإنّ ماليّه الأشياء بصورها النّوعيّه بل بالصّور العرفيّه الّتى ربما تكون أخصّ من الصّور النّوعيّه العقليّه فتأمل جيّدا

و ببيان أوضح الخصوصيّه الفاقده تاره توجب أن يعدّ الموجود الخارجى مباينا لما وقع عليه العقد عرفا فانتفاؤها يوجب بطلان العقد لا محاله سواء جعلت عنوانا للمبيع كقوله بعتك العبد الّذى هو هذا أو وصفا له كقوله بعتك هذا العبد أو عبّر عنه بلسان الاشتراط كقوله بعتك هذا بشرط أن يكون عبدا فإنّ انتفاء العبديّه فى جميع هذه الصّور يوجب البطلان إذ التّوصيف أو الاشتراط هنا لا يفيد أزيد ممّا يعتبر فى أصل المعامله بعد ما عرفت عدم صلاحيّه بذل المال بإزاء المادّه المبهمه الجنسيّه

و أخرى تكون الخصوصيّه فضله بمعنى أنّ انتفاءها لا يوجب اختلالا فى مبادله المالين بحيث يعدّ الموجود فعلا مباينا للمعقود عليه عقلا و عرفا و إن كان الالتزام بكون أحدهما عوضا عن الآخر منوطا بوجود الخصوصيّه فانتفاؤها فى تلك الصّوره يوجب انتفاء الالتزام لا انتفاء أصل المبادله و ذلك كما فى اشتراط الأمور الرّاجعه إلى أوصاف العوضين أو الأمور الخارجيّه الّتى بمئونه الشّرط تصير بمنزله الوصف و الضّميمه لهما و هذا القسم محلّ الكلام و أنّ تعذّره يوجب الخيار أو لا يوجبه

و أمّا ما كان من قبيل القسم الأوّل فهو خارج عن محلّ البحث رأسا و لا ينبغى عدّه فى عداد الشّروط و الأوصاف لما عرفت من أنّ التّعبير عنه وصفا أو شرطا لا يفيد أزيد ممّا يعبّر فى أصل المعاوضه من اعتبار كون العوضين معلوما و عنوانهما محفوظا نظير اشتراط بقاء الموضوع فى جريان الاستصحاب و ما اعتبروه فى جريان قاعده الميسور فى كون الفاقد يعدّ ميسورا للواجد لا مباينا له فإنّ الخصوصيّه المنتفيه تاره تكون عنوانا للموضوع و متقوّمه بها حقيقه الواجب بحيث يكون انتفاؤها موجبا لانتفاء

الموضوع و تعذّر الواجب رأسا فلا مجال لجريانهما

و أخرى ليست كذلك بل عنوان الموضوع أى ما هو معروض الحكم بحسب المناسبه الّتى بين الأحكام و موضوعاتها محفوظ بنظر العرف و كذلك الواجب لم تتعذّر بحقيقته بل ببعض أبعاضه فيصح جريان القاعدتين و إن لم يشملهما إطلاق دليلهما لأجل انتفاء الخصوصيّه كما حقّق فى محلّه

و بالجمله صحّه المعامله و نوع المبادله مبتنيه على حفظ عنوان المتعاوضين أى ما يبذل بإزاء الأموال فى العرف و العاده كالصّور النّوعيه الّتى للأعيان فإنّ ماليّتها تدور مدارها غالبا لا على المادّه الهيولائيّه و لا على الأوصاف الخارجيّه و إن كانت موجبه لتفاوت القيمه بسببها فإن كانت تلك الصّوره الّتى وقعت عليها العقد محفوظه إلى حين القبض بل موجوده فى هذا الحال و لو فرض انتفاؤها حال العقد فيصحّ المعامله و تقع المبادله لا محاله و لا يعقل إناطتها بوجود الوصف أو الشّرط فإنّهما من قبيل الدّواعى لا يعقل أن يكون وقوع الفعل الخارجى و عدم وقوعه منوطا بهما كما لا يخفى

و إن لم يكن تلك الصّور محفوظه إلى حين التّسليم و إن كانت موجوده حال العقد كما إذا صار الخلّ خمرا مثلا فلا مجال للصحّه لذهاب الماليّه و عدم وقوع المعارضه بين الثّمن و المادّه الهيولائيّه الموجوده فى حال خمريّته نظير ما ذكر فى القاعدتين أى قاعده الميسور و الاستصحاب كما أشرنا إليه

نعم ما ذكر كلّه إنّما يتمّ فى البيع الشّخصى و مبادله الأعيان الخارجيّه بالثّمن كذلك و كذلك فى الأوصاف الّتى لا يكون ماليّه الموصوف متقوّمه بها كوصف الصّحه فى الجوز و أبيض و نحوهما و إلّا فانتفاء الوصف يوجب فساد المعامله بذاك المناط الّذى نقّحناه فإنّ الثّمن فى مثل هذه الأشياء يقع بإزاء وصف صحّتها حقيقه فيكون الوصف فيها بمنزله الصّور النوعيّه فى غيرها و الموصوف بمنزله المادّه الغير القابله لوقوع المعاوضه عليها كما قلنا

و كذلك الكلام فى البيع الكلّى فإنّ اشتراط الوصف فيه يوجب تقييد المبيع الثّابت فى الذمّه ففاقد الوصف ليس فردا لما وقع عليه العقد و لازمه الفساد إلّا أنّ المشهور فيه أيضا الصحّه و الخيار لكن بتقريب آخر ليس هنا محلّ ذكره فتدبّر و ربما يظهر من بعضهم الحكم بجواز الإبدال أيضا و الفرق بينه و بين الخيار لا يخلو عن التأمّل فتأمل

و كيف كان فقد ظهر أن تعذّر الشرط فيما هو محلّ البحث أى الشّروط الزّائده عن عنوانى العوضين الخارجه عمّا يقع بينهما المبادله لا يكاد ينثلم به صحّه العقد و وقوعه على نحو أوقعناه فلا موجب للفساد مع تماميّه جهات الصحّه و أمّا اللّزوم فليس كذلك فإنّه ناش عمّا يتضمّنه العقد و يدلّ عليه بمدلوله الالتزامى العرفى و هو التزام كلّ من المتعاقدين بما عقد عليه و إعطاء القول من كلّ واحد لصاحبه و بهذا الاعتبار يسمّى عقدا و يعمّه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لذا قيل إنّ المعاطاه بيع لا عقد و من المعلوم أنّ الالتزام بما وقع عليه العقد منوط بوجوده لا الإناطه على وجه التّعليق بمعنى الانتفاء عند الانتفاء بل يكون الشّرط من قبيل شرط الواجب بمعنى أنّه يجب على المشروط عليه الوفاء بالعقد و تسليم ما انتقل عنه مع الشّرط فيجب على المشروط له الوفاء به كذلك فإذا تعذّر الشّرط فلا ملزم للعقد لعدم الالتزام بالفاقد فعلى صاحبه الالتزام به فعلا و الرّضا به أو فسخ العقد و

حلّه و هذا معنى الخيار

فقد ظهر أن العقد الّذى شرطه كالمعاطاه على قول فيه بيع لا عقد أمّا الأوّل فلوقوع المبادله بين العوضين بل قد عرفت عدم صحّه إناطتها بوجود الشّرط على وجه لا يرجع إلى تعليق الإنشاء الممتنع وقوعه أو تعليق المنشإ المجمع على بطلانه و أمّا أنّه ليس عقدا

فلما عرفت من انتفاء الالتزام بالمبادله مع فقد الشّرط وصفا كان أو غيره فلا يعمّه عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّه إمضاء لما التزما به و هو فى المقام على الفرض متعذّر مفقود

و بالجمله فقد تلخّص ممّا ذكرنا أن ما أفاده الأصحاب من صحّه العقد و ثبوت الخيار للمشروط له عند التخلّف كما هو مقتضى مختار الشّهيد و من وافقه أو عند التعذّر كما هو مختار المشهور صحيح منطبق على القاعده و ما يقتضيه العقد و الاشتراط فلا وجه للقول بفساد العقد لو لا الشّرط و إثبات الخيار بالإجماع و قاعده الضّرر كما يظهر من شيخنا العلّامه قدّس سرّه فى بعض كلماته نظرا إلى إرجاع الشّرط إلى تقييد المنشإ فينتفى بانتفائه لما عرفت من أنّه ليس تقييدا للإنشاء و لا للمنشإ بل التزام فى التزام

و لنعم ما عبّروا عنه بالشّرط فى ضمن العقد فهو غير مرتبط بالعقد على وجه يوجب انتفاؤه فساده و مرتبط به بوجه يوجب انتفاؤه الخيار بالتّقريب الّذى ذكرنا من دخله فى الالتزام العقدى لا فيما هو مدلوله المطابقى أى المبادله بين العوضين فتأمل جيّدا

أقول و الإنصاف أن تصوير ذلك على وجه لا يرجع إلى التّعليق فى الإنشاء و لا إلى تقييد المنشإ الموجب لانتفائه عند انتفائه و لا إلى نظير تعدّد المطلوب فى الواجبات و لا إلى نظير الواجب فى الواجب كما قيل و مع ذلك كان النّتيجه عند انتفائه صحّه العقد و ثبوت الخيار للمشروط له فى غايه الإشكال و كذلك تصوير ما ذكر من إناطه الالتزام به مع ما عرفت أنّ الالتزام ليس بنفسه ملحوظا فى العقد بل إنّما لوحظ حاله و كيفيه للإنشاء أى كون الإنشاء على وجه الالتزام

و كيف كان فتصوير المطلب أى الجمع بين الصحّه و الجواز فى غايه الدقّه و يحتاج إلى إمعان الفكر و تدقيق النّظر و قد أتعب نفسه شيخنا المحقّق و أستاذنا الماجد فى تصوير ذلك و قد أجاد فيما أفاد و لكن ما قرّرناه غير واف بمراده و قاصر عن بيانه و لعلّك إذا تأمّلت فيما ذكرنا فى الواجب المشروط من إرجاع الشّرط إلى الماده حال الإسناد لا إليها قبل الإسناد و النّسبه كما فى سائر قيود الواجب المطلق و لا إلى الهيئه بل عقد جمله بجمله كما هو مفاد أداه الشّرط يتّضح لك حال المقام و تصوير ما بنى عليه علماؤنا الأعلام فتأمّل جدّا فإنّ المسأله من مزلّه الأقدام

قوله قدّس سرّه الرابعه لو تعذّر الشّرط فليس للمشترى إلّا الخيار لعدم دليل على الأرش إلخ

هذا هو المطلب الثّالث من المطالب الّتى أردنا تنقيحها و حاصل الكلام فيه بعد إثبات أن تعذّر الشرط لا يوجب فساد العقد بل ينقلب العقد جائزا فللمشروط له الفسخ و الرّجوع إلى ما انتقل عنه فهل يجوز له أخذ الأرش كما فى العيب أو لا يجوز له سوى الفسخ و الردّ و مبناه ما ذكرنا فى مسأله خيار العيب من أنّ الأرش فيه هل ثبت على القاعده و حسب ما يقتضيه المعاوضه أو ثبت بالتعبّد فيقتصر على مورده و قد أثبتنا هناك عدم إمكان تطبيقه على القواعد لأنه إن كان تتميما للناقص و غرامه للعيب فلازمه أخذ قيمته الواقعيّه دون ما يخصّه بالنّسبه إلى الثّمن و إن كان تنقيصا للثمن فلازمه رجوع ما يخصّه من عين الثّمن دون غيره

و كيف كان فالمتعدّى عن مورد العيب يحتاج إلى الدّليل المفقود فى المقام بل فى سائر الخيارات أيضا خلافا لما هو ظاهر التّذكره من التعدّى إلى المقام بل إلى غيره مثل خيار الغبن أيضا على ما يخطر بالبال بل الظّاهر منه فى المسأله التّفصيل بين

أقسام الشّروط على وجه لا يكاد أن يستقيم و يوجّه

و حاصله أنّ الشّرط تاره من الأوصاف الّتى لا توجب إلّا زياده الرّغبه فى موصوفها من غير

أن يوجب وجوده أو عدمه زياده فى قيمه الموصوف بوجه فقد قال قدّس سرّه بتعيّن الخيار عند تعذّره

و أخرى من الأوصاف الّتى توجب زياده الماليه فى الموصوف فقال إذا تعذّر يتخيّر المشروط له بين الفسخ و الرّجوع بالتّفاوت و بين قيمته مطلقا و قيمته مع الشّرط و تبعه الصيمرى فيما لو شرط تدبير العبد ثم امتنع فيرجع إلى جزء من الثّمن نسبته إليه كنسبه التفاوت إلى القيمه لا قيمته الواقعيّه كما صرّح به فى التّذكره و هو المصطلح فى الأرش عند إطلاقه و ثالثه من الأفعال الّتى يقابل بإزائها المال كخياطه الثوب و صباغته فيتخيّر المشروط له بين الفسخ و المطالبه به أو بعوضه إن فات وقته و ظاهر العوض قيمته الواقعيّه كما هو واضح هكذا يستفاد من كلماته على ما نقلها شيخنا العلّامه قدّس سرّهما

و فيه أوّلا أنّ التّفصيل بين الأوصاف ممنوع لعدم وقوع شى ء منها فى مقابل الثّمن بل المقابله عرفا و شرعا بين العوضين و إن كانت ماليّه المال ربما تزيد و تنقص بوجود الوصف و عدمه و إلّا فاللّازم بطلان العقد بالنسبه إلى ما يقابله كما فى الجزء و ثانيا الفرق بين شرط الوصف و غيره أشكل من الأوّل لأنّه إن كان مضمونا فى عقد المعاوضه و يصير ضميمه لأحد العوضين و يقابله شى ء من الثّمن فلا وجه للرّجوع إلى القيمه مع وجود العوض المسمّى فإنّ الضّمان إنّما يكون بماليّه الشّى ء واقعا إذا لم يلتزم المتعاقدان على الأزيد أو الأنقص منه أو التزما و لم يمضه الشّارع كما فى المقبوض بالعقد الفاسد و إن كان مضمونا بضمان اليد فمع وضوح بطلانه لازمه الرّجوع إلى القيمه فى شرط الوصف أيضا لبداهه أنّ دخل الشّرط فى العقد على نهج واحد لا يكاد يختلف باختلاف المشترط وصفا أو عملا خارجيا

و بالجمله ما أفاده قدّس سرّه غير قابل للتوجيه بوجه هذا مضافا إلى أنّ الجمع بين الخيار و الأرش مطلقا غير متصوّر لأنّ ماليه الشّى ء دائما محفوظه فى العهده و لا تكاد تتعذّر حتّى يوجب الخيار فإن كان المال مطلقا مضمونا بخصوصيّته و بشخصه فتعذّره يوجب الخيار و لا موجب للرّجوع إلى عوضه لا بما سمّى فى العقد و لا بقيمته الواقعيّه و إن كان مضمونا بماليّته المحفوظه فى حال التّلف و عدمه و حال تعذّر أدائه بشخصه و عدم تعذّره فلا موجب للخيار فلو سلّم أنّ الشّرط أيضا يبذل بإزائه المال و يقابله شى ء من الثّمن فحاله كذلك لا محاله فافهم

و كيف كان فالتّحقيق فى المقام كما أفاده شيخنا أستاذ الأساتيد قدّس سرّه عدم جواز الرّجوع إلى الأرش مطلقا لعدم وقوع شى ء من الثّمن بإزاء الشّرط كان له ماليه لنفسه أو لم يكن من غير فرق بين الأوصاف و لا بينها و بين غيرها من الشّروط الخارجيّه مثل شرط الخياطه و الصباغه لما عرفت من أنّ دخلها بالعقد على نهج واحد و لا ينافى ذلك مع وقوعها تحت الضّمان و لكن بمعنى أنّ تعذّر أدائها يوجب الخيار فى المبادله الواقعه بين العوضين فيكون ضمانها بهذا المعنى لا بمعنى ثبوتها فى ذمّه المشروط عليه على نهج سائر الأموال فإنّه فرع قابليّه المضمون لذلك و وجود الماليّه له بنفسه مع لحاظ تلك الماليّه أيضا فى عقد المعاوضه و هذه كلّها فى الشّروط مفقوده كما بيّن بما لا مزيد عليه فتأمل

أقول هكذا أفاد أستاذنا الماجد أدام اللّه أيّام إفاضاته تبعا لشيخنا العلّامه قدّس سرّه و لكن فيما إذا كان الشّرط بنفسه له ماليّه يبذل بإزائه المال كشرط الخياطه و لم يكن تبعا لأحد العوضين لا بنفسه كالنّماءات المتّصله و لا بالشّرط كمال العبد و حمل الدابّه و نحوها فما أفاده لا يخلو عن التأمّل و للإشكال فيه مجال

لوقوع شی ء من الثمن بإزائه واقعا و صیرورته ضمیمه لأحد العوضین لا محاله و إن لم یقع بإزائه شی ء فی متن العقد و کان الالتزام به شرطا لا جزءا اللّهمّ إلّا أن یقال بأنّ الضّمان و اشتغال الذمّه یدور مدار کیفیه العقد و اعتبار المضمون و تعهّده فی العهده علی حسب ما یقتضیه المعاوضه و لا یدور مدار واقعه فتأمل جیّدا

[الخامسه لو تعذّر الشّرط و قد خرج العین عن سلطنه المشروط علیه]

قوله قدّس سرّه الخامسه لو تعذّر الشّرط و قد خرج العین عن سلطنه المشروط علیه إلخ

لا یخفی أنّ ظاهره فرض التعذّر بعد خروج العین بالتّلف أو بالتصرّف فیکون من قبیل الخیارات المنفصله کالتأخیر و التّفلیس و نحوهما و حینئذ یشکل علیه بأن بعض الوجوه المذکوره مثل فسخ العقد المترتّب من حینه أو من أصله إنّما یجری فی الخیار المتّصل بحیث یقع التصرّف النّاقل فی زمان الخیار فعلی القول بتعلّق حقّ الخیار بالعین أو بوجه آخر یوجّه القول بفسخ العقد المترتّب

و أمّا فی الخیار المنفصل و کون العین طلقا فی حال التصرّف النّاقل فلا موجب لبطلانه مطلقا أو جواز فسخه کذلک لعدم المانع من التصرّف النّاقل کغیره من التصرّفات بل یتعیّن الرّجوع إلی المثل أو القیمه کما هو المحقّق فی محلّه و لکنّه مندفع بما حقّقناه فی بحث الخیار أنّ الخیار المنفصل تاره یحدث بعد العقد بمبدئه و فعلیّته کما فی خیار التّفلیس و التّأخیر علی وجه و خیار الرّؤیه و العیب علی القول بکونهما صرف التعبّد

و أخری یکون مبدؤه موجودا حال العقد و إن کان فعلیّته منوطا بزمان متأخّر کما فی الخیار المشروط بالزّمان أو بزمانی کذلک کما فی خیار الغبن بل العیب و الرّؤیه علی ما هو التّحقیق فیها من کون الخیار مستندا إلی ما یتضمّنه العقد ضمنا من عدم التّغابن و کون المبیع صحیحا أو علی وفق ما شاهده فتخلّف هذه الأمور یوجب الخیار و حینئذ تکون الخیارات الثّلاثه من صغریات مسألتنا هذه أی خیار تخلّف الشّرط غایه الأمر محلّ البحث هنا فی الشرط الصریح و فیها یکون الشّرط ضمنیا و لا فرق بینهما من تلک الجهه فتأمل جیدا

و کیف کان فالتّحقیق فی هذا القسم من الخیار المنفصل ترتّب آثار الخیار علی العقد من حینه لتحقّق مبدئه حال العقد الموجب لتزلزله کنفس الخیار فلو منعنا عن التصرّفات النّاقله فی زمان الخیار أو قلنا بتوقّفها علی الإجازه لقلنا بهما فی هذا القسم من المنفصل أیضا لما عرفت من تزلزل العقد من أوّل الأمر و کون العین متعلّقا لحقّ الغیر علی القول به و غیر ذلک من الأحکام المترتّبه علی الخیار فما أفاده قدّس سرّه فی غایه المتانه إلّا أنّه لم یؤدّ ما هو حقّ المسأله من التّوضیح و التّفصیل بل اکتفی بمجرّد عنوان البحث و نقل الأقوال و وجوه الاحتمال من غیر تعرّض لمدارکها فینبغی تدارکه تتمیما لمرامه و توضیحا لکلامه رفع مقامه فنقول إنّ التصرفات النّاقله تاره تنافی مع نفس الاشتراط مثل أن یشترط علیه أن لا یبیعه من زید فباعه منه أو أن یبیعه من عمرو فباعه من غیره و نحو ذلک

و أخرى لا ـ منافاه لها مع ما اشترط عليه مثل أن يشترط عليه عملا فتعـذّر على المشـروط عليه بعـد ما خرج العين عن ملكه بأحد أسبابه الموجبه لذلك أمّا الثّانى فالحكم فيه كما أفاده قدّس سرّه من عدم منع التصرّف عن الفسخ و الرّجوع إلى المثل أو القيمه أو فسخ العقود المترتّبه من حينه أو من أصله و استرجاع العين بنفسها على الخلاف المتقدم فى أحكام الخيار

و قـد عرفت أنّ الشّـرط بنفسه موجب لثبوت حقّ للمشـروط له على ذمّه الشّـارط فلا ـ يقـال إنّ الخيـار إنّمـا يحـدث بعـد التعـذّر فالتصرّف إنّما وقع فى حال ملكيّه العين طلقا للمشروط عليه

فلا موجب للانفساخ لما عرفت أن مبدأ الخيار و هو الشّرط موجود فی حال العقد فيكون حاله كالخيار المتّصل فی تزلزل العقد و عدم استقراره إمّا لتعلّق حق للمشروط له فی العين أو فی العقد علی الخلاف المتقدّم

و كيف كان فلا إشكال فی هذا القسم و إنّما الكلام فی القسم الأوّل و هو أن يكون التصرّف بنفسه منافيا للشّرط كما مثّلناه و قد ذكر فيه وجوه ثلاثه من القول بالصحّه مطلقا أو الفساد كذلك أو التوقّف علی إجازه من له الشّرط فلو أجاز ينفذ التصرّف و يسقط خياره لأن إجازته مساوقه لإسقاطه كما قلنا فی محلّه و لو لم يجز فينفسخ العقود المترتّبه و لا خيار له أيضا لعدم تعذّر الشّرط بل يجبره علی الوفاء به حسب ماله من الحقّ الثّابت بالاشتراط فانحصر الخيار بالتعذّر فی الوجه الأوّل و هو نفوذ التصرفات مطلقا من غير توقف علی إجازته بناء علی ما تقدّم من الشّهيد ره و من تبعه من أنّ الشّرط لا يوجب حقّا للمشروط له بل فائدته انعقاد العقد جائزا فله الفسخ عند تخلّف المشروط عليه ابتداء من غير توقّف علی التعذّر أو أحد الأمرين من ثبوت حقّ للمشروط له و سلطنته علی الفسخ عرضا كما وجّهنا به القول بعدم جواز الإجبار ممّن تبع الشّهيد قدّس سرّه فی ذلك

و كيف كان فالتعذّر الموجب للخيار مبنیّ علی صحّه العقد المترتّب بوجه و إلّا فلا تعذّر لفساد العقد بنفسه أو بفسخ المشروط له فيجب علی المشروط عليه الوفاء بشرطه و إيقاع العقد ثانيا فی محلّه علی وفق ما اشترطا عليه كما يجوز إجباره عليه عند امتناعه حسب ما تقدم تفصيله و الغرض من الإشاره إليه هنا أيضا التّنبيه علی انحصار وجه القول بالصحّه بعدم إفاده الشّرط حقّا للمشروط له مطلقا كما هو مقاله الشّهيد أو إفاده أحد الأمرين من حقّ الشّرط أو الفسخ المتّحد مع سابقه فی عدم جواز الإجبار و ثبوت الخيار بمجرّد التخلّف و لو مع الاختيار

نعم يمكن توجيه الصحّه علی وجه لا ينافی مع القول بالإجبار و هو إرجاع شرط التصرّف علی وجه خاصّ إلی ناحيه السّبب لا المسبّب أی إلی شرط الفعل لا ـ النّتيجه كما أفاده أستاذنا المرحوم طاب ثراه فی تعليقته المختصره فراجعها هذا كلّه فی وجه القول بالصحّه و أمّا الفساد فربّما يوجّه بأنّ مقتضی اشتراط البيع علی وجه خاص مثلا ـ و وجوب الوفاء به النّهی عن ضدّه الموجب لقصر سلطنه المالك أی المشروط عليه عن سائر أنحاء التصرفات بناء علی رجوع النهی إلی المسبّب فإنّه الّذی يتعلّق به الغرض العقلائی أحيانا و يصحّ جعله ضميمه لأحد العوضين كما هو واضح

و حينئذ فحال المسأله مثل التصرّف فی منذور الصّدقه و المعاملات المنهيّه كبيع المسلم أو المصحف من الكافر و نحو ذلك فيقع المعامله باطله و لو مع إجازه من له الشّرط لتوقف نفوذ التصرّف علی سلطنه المالك عليه و عدم أخذ الشّارع إيّاها بسبب النّهی عنه كما فی الأمثله المذكوره و أشباهها و يكون العين بنفسها متعلّقه لحقّ الغير و محجورا عليها عن سائر أنحاء التصرفات لا ـ ممّا يتوقّف أداء واجب آخر علی صرفه فی مصرف خاص حتّی يقال بعدم اقتضاء النّهی هنا للفساد كما لو توقف الحجّ الواجب علی صرف مال بالخصوص فتخلّف المستطيع و صرفه فی وجه آخر كبيعه و نحوه فإنّ النّهی هنا لا يوجب فساد معاملته كما حقّق فی محلّه و لذا فرّقوا فی مسأله اشتراط تمكّن المالك من التصرّف فی النّصاب فی تمام الحول بين ما لو نذر أن يتصدّق ببعض النّصاب و لو مشروطا بأمر غير حاصل فإنّه يوجب انتفاء الشّرط فی أثناء الحول لتخلّل حجره عن التصرّف فی المنذور كيف ما شاء و بين ما لو توقف و انحصر أداء واجب كالحجّ مثلا علی صرفه فی

طريق خاصّ فلو عصى و تخلّف حتى حلّ الحول يجب عليه الزّكاه لبقاء تمكّنه إلى هذا الحال

و السرّ فيه ما أشرنا إليه من أنّ فى القسم الأوّل تعلّق النّهى برقبه العين فيصير محجورا عن التصرّف فيها شرعا الموجب لقصر سلطنته و خروجه عن عموم النّاس مسلطون على أموالهم بسبب المنع الشّرعى الّذى هو كالامتناع العقلى المنافى مع بقاء تمكّنه من التصرّف فى تمام السّنه و هذا بخلاف ما إذا كان النّهى لأجل مقدميّته لواجب آخر فإنّ التوقّف و المقدميّه لا يقتضى أزيد من إيجاب الفعل على المكلّف و أمّا قصر سلطنه المالك عن ماله و حصرها فى مصرف خاصّ فهو أمر زائد يحتاج إلى مئونه زائده و لا يكفى فيه النّهى النّاشى عن المقدميّه كما لا يخفى

و بالجمله بهذا الوجه يمكن توجيه الفساد و لكن أصل المطلب و إن كان فى غايه المتانه إلّا أنّ جعل المسأله من صغرياته مبنىّ على كون وجوب الوفاء بالشّرط كالوفاء بالنّذر حقّا إلهيّا و حكما تكليفيّا محضا فى عرض ما يقتضيه الشّرط من الوضع كما يظهر من شيخنا العلّامه قدّس سرّه فى بعض كلماته السّابقه

و لكن قد ظهر أنّه ليس كذلك و إلّا لا يكاد يسقط بإسقاط المشروط له شرطه و تجاوزه عن حقّه مع أنّ الظّاهر تسالمهم على سقوطه بالإسقاط فى غير العتق فلا يكون التّكليف فيه كالتّكليف بوجوب الوفاء بالنّذر بل تكليف تبعىّ يتبع الوضع و يدور مداره كما فى الدّين و نحوه نظير تصرّف العبد فى ماله أو فى نفسه المتوقّف صحّته على إجازه مولاه معلّلا بأنّه لم يعص اللّه و إنّما عصى سيّده

و من المعلوم أنّ هذا النّحو من التكليف لا يكاد يصلح لتخصيص أدله السّلطنه بل إنّما يتبع الوضع فإن كان الحقّ الثّابت للمشروط له مانعا عن نفوذ التصرّف فى العين فهو و إلّا فلا موجب للبطلان و حينئذ الصحّه و الفساد مبتيّان على الخلاف المتقدّم بين الشّهيد و من تبعه و بين المشهور من أنّ الاشتراط يوجب إحداث حقّ مالى مالكى فى ذمّه المشروط عليه كسائر الحقوق الماليّه أو لا يوجب إلّا جواز العقد و بناء على ما حقّقناه من إفادته الحق لا محاله و لذا يجوز له إسقاطه فليس من قبيل حقّ الجنايه بمعنى كونه حقّا ثابتا على رقبه العين كل ما كان حتى لا ينافى استينافه مع نفوذ التصرفات الناقله و لو بالعقود المتعدده بل ثابت فى رقبه العين ملكا لمالكها فينافى مع نفوذ التصرّفات كما فى باب حقّ الرّهانه

و بالجمله فالمسأله من صغريات ذلك الباب فيجرى فيها الخلاف الّذى فيه بين الأصحاب من توقّف الصحّه على إجازه المرتهن أى صاحب الحق كما هو المشهور ظاهرا و المعروف من جماعه من الأجلّاء أو الفساد مطلقا كما حكى عن بعض المتأخرين مثل صاحب المقابس و غيره مدّعيا لعدم جريان حكم الفضولى فى المسأله و نظائرها

و كيف كان فالقول بالفساد مطلقا مبنىّ على هذا الوجه كما أنّ القول بتوقّفه على الإجازه مبنىّ على إجراء حكم الفضولىّ عليه كما هو المحقّق المختار فى محلّه و حينئذ فالمتّجه ما أفاده قدّس سرّه من أنّ خير الأقوال أوسطها و حينئذ لو أجاز صحّت العقود المترتّبه و يسقط حقّه الثابت بالاشتراط لما ذكرنا من إرجاعها إلى إسقاط الشّرط و الرّضا بالعقد بدونه و لو ردّ العقود اللّاحقه تنفسخ كلّها و يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط لعدم تعذّره بعد انفساخ العقود المترتّبه فلا موجب للخيار كما لا يخفى

الفساد مطلقا

و حينئذ فقوله قدّس سرّه فإذا فسخ المشروط له ففى انفساخ العقد من أصله أو من حينه أو الرّجوع بالقيمه وجوه رابعها التّفصيل بين التصرّف بالعتق فلا يبطل لبنائه على التّغليب فيرجع بالقيمه و بين غيره فيبطل انتهى مبنىّ على الاستدراك الّذى فى كلامه من صحّه العقد الثانى بناء على عدم جواز الإجبار لا أنّه متفرّع على ما اختاره أوّلا لما عرفت من أنّ حدوث الخيار

بالتعذّر مبنىّ على صحّه العقود المترتّبه و إلّا فلا تعذّر للشّرط أصلا أمّا على القول بالفساد فواضح و كذلك على القول الأوسط مع ردّ العقود المترتّبه حيث إنّ العين باقيه فى ملك المشروط عليه و أمّا مع الإجازه فالعقود المترتّبه و إن صحّت بها و يتعذّر الشّرط لا محاله إلّا أنّ مرجعها إلى إسقاط حقّه رأسا كما قلنا

و بالجمله فالعباره لا يخلو عن التّعقيد و على أىّ حال فالتّفصيل بين العتق و غيره للمنع عنه مجال و لازمه القول به بالنّسبه إلى جميع الخيارات بل فى العين المرهونه أيضا مع أنه لم يلتزم به أحد نعم من بعض كلمات شيخنا العلّامه فى أحكام الخيار يلوح أنّ التصرّف بالعتق محلّ الإشكال فى جميع أبواب الخيار لكنّه لم يلتزم به فى الرّهن بلا إشكال

و قد عرفت أنّ المسأله من هذا الباب فلا موقع للتّفصيل و كون بناء العتق على التّغليب لا يكاد يثبت المدّعى فإنّ معناه أنّه لو انعتق بعض العبد بوجه يلحقه الباقى بالتّفصيل الّذى ذكر فى محلّه و هذا لا دخل له بما هو محلّ البحث فى المسأله كما أن احتياجه إلى القربه لا يوجب كونه من حقوق اللّه تعالى و إلّا يلزم القول به فى سائر الشّروط الّتى من الوجوه القربيّه كالوقف و الصّدقه و تسبيل المنفعه على الوجوه العامّه و نحوها فلا وجه للاختصاص بالعتق مضافا إلى ما أشرنا إليه سابقا من أنّ طرف الالتزام فى اشتراط العتق و نحوه هو المشروط له و الشّارط يلتزم له و يشتغل ذمّته له لا للّه تعالى حتى يكون حقا له تبارك و تعالى كما فى النّذر فإنّه التزام له تعالى كما لا يخفى فالقياس على النّذر و شبهه فى غير محلّه بل يكون حقّا ممحّضا للمشروط له كاشتراط الوقف و الصّدقه و نحوهما فيسقط بإسقاطه لا محاله

و من هنا ظهر ما هو التّحقيق فى المسأله الآتيه فلا نعيده لضيق المجال و عدم مساعده الحال و أسأل اللّه التوفيق و حسن المآل

[السّابعه قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسّط عليه الثّمن]

قوله السّابعه قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسّط عليه الثّمن إلى آخره

لا يخفى أنّ المسأله مع إطناب الكلام فيها لم تنقّح كما هو حقّها مع أنّها من أهمّ المسائل فينبغى جعلها خاتمه لباب الشّروط و بيان أقسامها كما هو حقّها و تميز ما يتقسّطه بإزائه الثمن عمّا لا يتقسّط بإزائه شى ء منه و بيان الضّابط فى ذلك فنقول إنّ الشّرط أى ما يقع فى عقد المعاوضه بصوره الاشتراط تاره يكون من الأمور الخارجيّه الغير الرّاجعه إلى العوضين بوجه كاشتراط عمل أو ضميمه شى ء خارجىّ إلى الثّمن أو المثمن على وجه الاشتراط من غير أن يوجب حدوث خصوصيّه فيهما

و أخرى من الأمور الرّاجعه إلى العوضين و هذا أيضا تاره من قبيل الصّور الجوهريّه الّتى بها شيئيّه الأشياء و ماليّه الأموال و تقع متعلّقه للأغراض أوّلا و بالذّات و يبذل بإزائها الأعواض كحماريّه الحمار و ما يشبه ذلك و أخرى من الأوصاف العرضيّه لأحد العوضين مثل كون العبد كاتبا و الثمن نقدا غالبا و نحو ذلك

و ثالثه من قبيل كميّه الأشياء و مقاديرها كقولك بعتك هذه الصّبره بشرط أن تكون عشره أصواع أو هذه الأرض بشرط أن

تكون عشره أجرب و غير ذلك و إنّما جعل ذلك قسما ثالثا مع أنّه أيضا من الأعراض اللّاحقه لأحد العوضين من الثّمن أو المثمن لأنّ فيه جهتين و حيثيّتين جهه الوصفيّه من حيث إفادته لوصف الاجتماع و كون العين الشخصيّه متّصفه بوصف كونها كذا جزءا و جهه ذاتيّه جوهريّه باعتبار إفادته لتعيين مقدار العوضين الّذى به يزيد و ينقص و يختلف باختلافه قلّه و كثره

و ببيان أوضح الأوصاف ممحّضه لاعتبار خصوصيّه فى الموصوف من غير أن يوجب تغييرا فى الموصوف من حيث القلّه و الكثره و الزياده و النّقيصه

غایته أنّ الموصوف الخارجی تاره واجد للوصف و أخری فاقد له

و بعباره أخری اختلاف فیه من حیث النّقص و الکمال لا من حیث الزّیاده و النّقصان فی الصّوره الجوهریّه الّتی أخذت عنوانا فی المعامله و هـذا بخلاف المقدار فإنّه یوجب اختلاف تلک الصّوره الجوهریّه زیاده و نقیصه فیشبه من تلک الجهه باشتراط نفس الصّوره الجوهریّه أی القسم الأوّل فتأمّل جیّدا

و بالجمله هـذه أقسام الشّـروط و من الواضـح أنّ القسم الأوّل أی اشتراط ما هو الخارج عن حقیقه العوضـین تعـذّره أو تخلّفه لا یوجب إلّا الخیار فإمّا أن یفسخ العقد و یردّ العوض و إمّا أن یمضیه بتمام العوض من الثّمن أو المثمن لما حقّقناه أنّه التزام بشی ء وراء الالتزام الّذی بین العوضین

و بعباره أخری التزام فی ضـمن الالتزام الأوّل بعد تمامیّته بتمام جهاته غایته حیث إنّه مرتبط به و محقّق فی ضمنه فانتفاؤه یوجب الخیار بالبیان الّذی تقدّم و علی أیّ حال لا یوجب انتفاؤه تبعّضا فی الصّفقه و لا تقسیطا فی الثّمن بلا شبهه لعدم وقوع شی ء من الثّمن بـإزائه علی حسب التزام المتعاقـدین و مـا أنشـئ عقـد المعـاوضه و ما یقال إنّ للشّـرط قسـطا من الثّمن أی عنـد التّحلیل لا بحسب ما یقتضیه العقد فتأمّل

و من هـذا القبیـل القسم الثّالث أی ما کان راجعا إلی اعتبار وصف فی العوضـین فإن انتفاءه أیضا یوجب الخیار فی فسـخ العقد بکلّه أو إمضائه کذلک لما عرفت من أنّ المبادله بین العوضـین و لا یقع شی ء بإزاء الوصف و إنّما یوجب زیاده فی الموصوف من حیث المالیّه فانتفاؤه لا یوجب انثلام فی الالتزام الأوّل أی فی أصل المعامله و إنّما یوجب جوازه لعدم التزامه بالفاقد و إناطته بوجود الوصف بالتّقریب الّذی تقدّم

و من هنـا یظهر الکلام فی القسم الثّانی أی ما کان الشّرط من الصّور الجوهریّه فإنّه لا ینبغی الشّـبهه فی أنّ تخلّفه یوجب بطلان العقد رأسا عکس ما ذکرنا فی الأوصاف فإنّ حقیقه المعامله متقوّمه بها فمع انتفائها لا معامله أصـلا و ذلک لما أشـرنا إلیه مرارا أنّ الموادّ الهیولائیّه لیست لها مالیّه و لا یقع بإزائها شی ء من الأموال بل یقع العوض بإزاء الصّوره النّوعیّه العرفیّه الّتی ربما تکون أضـیق من الصّوره العقلیّه فإنّ فی مثل العبـد الزنجیّ و الرّومیّ یکون الصّوره النّوعیّه محفوظه و لکن العرف یری کلّ واحد مباینا للآخر فتأمل

و کیف کـان فانتفـاء ما هو من قبیل الصّور النوعیّه للعوضـین یوجب بطلان المعامله و فساد العقـد سواء کان العقـد علی الکلّی و علی الموضوع الخارجیّ غایه الأمر فی القسم الأوّل أی فی الکلّی فرض انتفائه بتعـذّر الکلّی بجمیع أفراده فلا عبره بتخلّف عنوان المقبوض و سواء جعـل العنوان مقـدّما علی الإشاره کقولک بعت الحمار الّـذی هو هـذا و مؤخّرا عنها کما فی قولک بعت هـذا الحمـار أو جعـل شـرطا کقولـک بعت هـذا علی أن یکون حمـارا و غیر ذلـک من التّعبیرات لمـا عرفت من أنّ البحث لیس فی مرحله اللّفظ حتی یمکن الاختلاف باختلاف التّعبیر بل ما هو المناط فی الشّرط و هو أن یکون التزاما فی ضـمن الالتزام المنشإ بالعقـد مفقود فی مثل تلک الأمثله أی فی الصّور النّوعیّه فإنّها قوام العقـد و حقیقه ما ینشأ به لا أن تکون أمرا زائـدا علیه کما هو

واضـح كما أنّ ملاک العنوانيّه هو هـذا فلو جعل الوصف عنوانا كقولک بعتک هـذا الكاتب لا يكاد يوجب انتفاؤه بطلان العقد لأنّه بأىّ لفظ عبّر لا يخرج عن كونه التزاما زائدا على العقد متحقّقا فى ضمنه فلا موجب لبطلانه بانتفائه

و بالجمله فاللّازم ملاحظه ما هو المناط فى القسمين

أى الشـرطيّه و العنوانيّه لا ـ ملا ـ حظه اختلاف الألفاظ و التّعابير فإنّ هـذه قاعـده جاريه ساريه فى غير واحـد من أبواب الفقه كما أشـرنا إلى بعضـها فيما تقدم و أمّا القسم الأخير الّذى هو محلّ البحث و هو أن يكون الشّـرط من قبيل المقادير فحيثما عرفت أنّ فيه جهـتين و حيثيّتين فقـد وقع محـلّ الخلاف و الإشـكال فى أنّه يعامـل معه معـامله العنوانيّه فلو تخلّف المقـدر المشترط يبطل المعامله بالنّسـبه إلى المقدار الفائت و يقسّط الثّمن بنسـبته كما إذا أخذ المقدار عنوانا لا شرطا كقولك بعتك هذه العشره أمنان من الحنطه فـإنّه لا ـ إشـكال و لا ـ خلاف ظاهرا فى أنّ عنـد التخلّف يقسّط الثّمن بحصّيـته مع ثبوت الخيار للمشترى أيضا لتبعّض صفقته فكـذلك إذا أخـذ شـرطا كقولـك بعتـك هـذه بشـرط أن تكون عشـره أمنـان فظهر أنّهـا خمسه أمنـان من غير فرق بين متسـاوى و الأـجزاء أى مـا كـان مثليّا كمـا فى المثـال و غير متساوى الأجزاء كقولك بعتك هـذه الأرض على أن تكون عشـره أجرب فظهر أنّهـا خمسه أجرب ففى كلتا الصّورتين يرجع المشترى إلى نصف الثّمن و له الخيار بالنّسـبه إلى الباقى أيضا كما إذا باع ما يملك مع غيره أو مال نفسه مع مال غيره و عدم إجازه مالكه فإنّه يرجع من الثّمن بحصّته و للمشترى الخيار لتبعّض صفقته أو يعامـل معه معامله الأوصاف فله الفسـخ بكلّه أو الإمضاء كـذلك نظرا إلى أنّ المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان و هو محفوظ على حاله

غـايه الأـمر أنّه الـتزم أن يكون بمقـدار معيّن و هو وصف غير موجود فى المـبيع فـأوجب الخيـار كالكتـابه المفقوده هكـذا أفـاد القائلون بهذه المقاله كصـريح القواعد و محكى الإيضاح و قوّاه فى محكى حواشـى الشّـهيد و الميسـيّه و الكفايه و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضا لو فرق بين متساوى الأجزاء و غيره

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

[الأوّل أنّ الشّرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد]

قوله الأوّل أنّ الشّرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد فإنّ إلخ

اعلم أنّ فساد الشّـرط لا محاله بانتفاء أحد الأمور المذكوره المعتبره بعضها فى أصل كونه شرطا مصطلحا و بعضها فى صحّته من كونه مـذكورا فى متن العقد و غير مناف لمقتضاه و غير مخالف للمشـروع و كونه مقدورا و غير مسـتلزم للحال و لا مجهولا و لا لغوا أى عـدم تعلّق الغرض المعتدّ به عند العقلاء به نوعا إلى غير ذلك و لا إشـكال فى عدم وجوب الوفاء به و أمّا اسـتحبابه فى غير ما كان مخالفا للمشـروع فقد أفاد قدّس سـرّه أنّه لا تأمّل فيه لدخوله فى الوفاء بالوعد و فيه تأمّل بل منع لأن الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشّروط التى هى من مقوله الإنشاء كما لا يخفى فلا دليل على استحباب الوفاء به كوجوبه

و على أىّ حـال الكلاـم فى الشّـرط الفاسـد تـاره يقع فى تحرير محلّ النّزاع و تعيين ما هو محلّ الخلاف منه و أخرى فى أنّه هل يوجب فسـاد العقـد أو لا يوجب الفساد بلا خيار أو مع الخيار فالأقوال فى المسأله ثلاثه و أمّا سائر التّفاصـيل ففى الحقيقه راجعه إلى الجهه الأولى لا أن يكون أقوالا فى أصل المسأله و

ملخّص الكلام فيها أنّ فساد الشّرط إن كان موجبا لاختلال أصل العقد كالشّروط المنافيه لمقتضاه أو النّافيه لجميع آثاره المترتّبه عليه أو آثاره المرغوبه منه عرفا كشرطان لا يملك فى عقد البيع أو لا يستمتع مطلقا فى عقد النّكاح إلى غير ذلك فلا شبهه فى أنّه فاسد و مفسد للعقد لا محاله لإرجاعه إلى نقض العقد و إنشائه السّابق إمّا صريحا كما فى القسم الأوّل أو ضمنا و التزاما كما فى الثّانى فهذا القسم خارج عن محلّ البحث بلا كلام و كذلك إذا كان فساده موجبا لاختلال شى ء من

الأمور المعتبره فى العوضين من كونهما لا معلوما مقدورا لكلّ واحد من المتعاقدين من تسليم ما انتقل عنه إلى من انتقل إليه كبيع الخشبه بشرط أن يجعله صنما أو العنب بشرط أن يعمله خمرا فإن مرجع هذا الشّرط إلى سلب المنافع المحلّله و حصرها فى المحرّم فيوجب خروج العين عن الماليّه و صيرورتها مسلوبه المنفعه أمّا المنافع المحلّله فلعدم جواز استيفائها بمقتضى الاشتراط و أمّا المنفعه المحرّمه فلسلبها عنه شرعا فيخرج المال عن كونه مالا و صالحا لأن يقابل بالعوض و هذا هو المراد من قوله قدّس سرّه إنّه أكل المال بالباطل فلا تغفل و من هذا القبيل الشرط المجهول لكن لا مطلقا بل إذا كان مرجعه إلى اشتراط إحداث وصف مجهول فى أحد العوضين فإنّه يوجب الجهاله فيهما فيوجب البطلان لا محاله

و عليه ينزّل كلامه قدّس سرّه و لا تأمّل أيضا فى أنّ الشّرط الفاسد لأجل الجهاله يفسد العقد لرجوع الجهاله فيه إلى جهاله أحد العوضين انتهى و إلّا إذا كان الشّرط أجنبيّا مجهولا بنفسه فلا موجب لإفساده و كون التّراضى منوطا به هو عين دعوى القائلين بالإفساد فى محلّ النّزاع فلا يصلح للتمسّك به على الخروج عنه كما لا يخفى فلا محاله مراده الجهاله الرّاجعه إلى أوصاف العوضين كما يظهر من تعليله و مطاوى كلامه فراجع

و من هذا القبيل الشّرط الغير المقدور فإنّه تاره يكون كذلك بنفسه و أخرى يوجب تعذّر تسليم ما اشترط فيه فتاره يقال بعتك هذا الزّرع بشرط أن تجعله سنبلا ففساد الشّرط يوجب فساد العقد أيضا لتعذّر تسليمه سنبلا حيث إنّه ليس بفعله و تحت قدرته

و أخرى بعتك هذا الثوب بشرط أن تجعل زرعى سنبلا بحيث يكون الشّرط بنفسه متعذّر التسليم و حينئذ لا موجب لكونه مفسدا إلّا من جهه إناطه التّراضى و هى فى محلّ المنع كما يأتى

و بالجمله الموارد الخارجه عن محلّ النّزاع صحّه و فسادا لا بدّ و أن يكون فساد الشّرط من جهه أخرى غير إناطه التّراضى به أو كونه ضميمه لأحد العوضين فإنّهما عين الدّعوى فى محلّ البحث كما لا يخفى

و حينئذ فكلّما كان مرجع البحث فى إفساده و عدمه إلى هاتين الجهتين فهو محلّ الخلاف و محطّ الأقوال و ما كان جهه البحث فيه إلى جهه أخرى مثل كونه مخلّا بالعقد أو بشرائط العوضين كالموارد المشار إليها فهو خارج عن محل البحث و مفسد للعقد بلا إشكال

و من هنا يظهر أنّ فساد الشرط لو كان من جهه لغويّته و عدم تعلّق غرض العقلاء به فخروجه عن البحث و عدمه مبنىّ على كون نظر القائل بالإفساد إلى أنّ الشّرط ضميمه لأحد العوضين و له قسط من الثمن كما هو الوجه الأوّل الّذى استدلّوا به فلا يوجب فساد العقد لعدم ماليّته و جريان الدّليل المذكور بالنّسبه إليه و إن كان نظرهم إلى الوجه الثّانى و هو إناطه التراضى به فلا وجه لإخراجه عن محلّ النزاع و التّسالم على صحّه العقد كما قيل فإنّ إناطه الرضاء لا تدور مدار الماليّه و عدمها كما لا يخفى

نعم إذا كان فساد الشرط لعدم ذكره فى متن العقد كشروط التّبانى فلا ينبغى التأمّل فى عدم فساد العقد به بل هنا من قبيل السّالبه بانتفاء الموضوع حيث لا شرط اصطلاحا لا أنّه شرط فاسد غير مفسد

هذا ملخّص ما أفاده أدام اللّه أيّام إفاضاته فى تحرير الضّابط فيما هو محلّ البحث و ما هو خارج عنه صحّه و فسادا

و حاصله أنّ جهه البحث إن كانت راجعه إلى إناطه الرضاء بالشّرط و عدمها فهو محلّ البحث و الخلاف و إلّا فإن كانت راجعه إلى لزوم اختلال فى العقد أو شرائط العقود

علیه فهو موجب للفساد بلا إشکال و إن کان مفاد الشرط من جهه أخری غیر راجعه إلی شی ء منهما فهو خارج عن محلّ البحث أیضا من طرف الفساد

و لقد أجاد دام ظلّه فیما أفاد و أتی بالتّحقیق حقّه و بتوضیح المراد من کلمات الأصحاب غایته إلّا أنّه یختلج ببالی القاصر إشکال فی هذا الباب و هو أنّ معنی الصحّه فی الشّروط بل فی الوضع و الإنشاءات من العقود و الإیقاعات و غیرهما أنّ ما أنشأه المنشئ و أوجده بأسبابه وجد و تحقّق عند الشّارع الّذی بیده اعتباره فبإنشاء المنشإ و إمضاء الشّارع صحّ اعتبار و وجد فی ظرف الاعتبار شی ء لم یکن بموجود قبل الإنشاء أو بدون الإمضاء هذا معنی الصحّه و معنی الفساد ما یقابل هذا أی لم یتحقّق بالإنشاء شی ء فی موطنه و ظرف وجوده بل کان مجرّد لفظ و لقلقه لسان و حینئذ فلو قلنا بفساد الشّرط فمعناه أنّه و لو التزم به إنشاء إلا أنه لم یتحقق التزام و لم یعتبر اعتبار و حینئذ فکیف یمکن أن یؤثّر فی فساد العقد لبداهه أنّ مجرّد اللّفظ و الإنشاء غیر صالح لذلک بل ما ینشأ ربما یکون منافیا لمقتضی العقد أو مخالفا للکتاب و نحو ذلک

اللّهمّ إلّا أن یقال إنّ مجرّد إنشائه نقض لإنشائه السّابق أو محرّم شرعا فیفسد و لکن هذا لا ینحلّ به الإشکال و لعله لقصور فهمی و عدم إدراک ما هو حقیقه الوضع و الإنشاء و أسأل اللّه البصیره فی دینه و فقها فی حکمه فإنّه الموفّق

و کیف کان إذا عرفت محلّ الخلاف و میّزت ما هو قابل للنّزاع عن غیره بالضّابط الّذی أفاده الأستاذ دام ظلّه العالی فلنشرع فی ذکر الأقوال و بیان الاستدلال فنقول و علی اللّه الاتّکال إنّه قد حکی عن الشّیخ و الإسکافی و ابن البراج و ابن سعید القول بأنّ فساد الشّرط یوجب فساد العقد

و عن جماعه من الأجلّه المتأخّره مثل الشّهیدین و العلّامه و المحقّق الثّانی و جماعه أنّ العقد یبقی علی الصحّه و هذا أیضا یرجع إلی قولین الصحّه مع الخیار و بلا خیار علی التّفصیل الّذی یأتی الکلام فیه أمّا القول بالصحّه فیدل علیه العمومات و الإطلاقات الدالّه علی مشروعیّه المعامله تأسیسا أو إمضاء کما هو الغالب فی العقود فلا یحتاج إلی دلیل آخر و مئونه أخری فی إثباتها کما لا یخفی بل القول بالفساد یحتاج إلی إقامه الدّلیل المخرج للعقد عن هذا الأصل و هو من وجوه

الأوّل دعوی أنّ فساد الشّرط یوجب جهاله العوض لأنّ له قسطا من الثّمن و جهاله العوض یوجب الغرر المبطل للمعامله کما إذا کان من أوّل الأمر و فسادها واضح حلا و نقضا کما أفاده قدّس سره لمنع وقوع الثّمن بإزاء الشّروط و الأوصاف بل إنّما توجب زیاده المالیّه فی المثمن الّذی یقع العوض بتمامه بإزائه و علی فرض تسلیم وقوع الثّمن بإزائها أیضا لا یکاد یوجب الفساد کما فی صور فساد الجزء مثل العقد علی ما یملک مع ما لا یملک کالعبد و الخنزیر و ما یملک مع ما لا یملک کما فی الفضولی فهذه الجهاله غیر مضرّه بصحّه المعامله لمعلومیه کلّ من العوضین حال العقد و إمکان رفعها بتقویم الجزء الصّحیح منفردا و منضمّا غایته یوجب الخیار لمکان تبعّض الصّفقه و تعذّر شرط الانضمام المعتبر ضمنا و نحن نقول به فی المقام علی ما یأتی الکلام فیه إن شاء اللّه

و الثانی و هو العمده دعوی إناطه التّراضی الحاصل عند العقد علی وجود الشّرط فإذا انتفی لفساده ینتفی الرّضا المعتبر فی صحّه

المعامله عرفا و شرعا

و أجيب عنه بـالنقض و الحـلّ أيضـا أمّا النّقض فبوجوه منها النّقض بالشّـروط الفاسـده فى النّكاح فإنّه لا خلاف نصا و فتوى فى عـدم فساد النّكاح بمجرّد فساد شـرطه المأخوذ فيه هكـذا أفاد قدّس سـرّه و ليكن المراد كما يظهر من كلامه فيما تقدم الشّـروط المرتبطه بالمهر

أى الّتى بمنزله الضّميمه له ففسادها لا يوجب فساد عقد المهر الّذى يتضمّنه عقد النّكاح فإنّه ينحلّ إلى عقدين عقد المزاوجه و هو إنشاء العلقه الزّوجيّه بين الزّوجين من غير توقّفه على ذكر المهر مقدارا أو تعيينا غايته حيث إنّه يتضمّن التّسليط على البضع فلا بدّ من كونه بعوض و بإزائه شى ء من المال و لذا يصحّ النّكاح بلا ذكر المهر فيجب مهر المثل مع الدخول و الامتاع على الموسع قدره و على المقتر قدره مع عدمه و كذلك نكاح المفوّضه فيجب ما يعيّنه الزّوج و لو بعد العقد و تمام الكلام خارج عن المرام و عقد المهر و هو تعيين ذاك الأمر الكلّى الثّابت على الزوج بإزاء تسليطه على البضع فى مقدار معلوم أو فى عين معلومه فما يكون مرتبطا بهذه المرحله و بمنزله الضميمه للمهر فساده لا يوجب فساد عقد المهر فيرجع إلى مهر المسمّى

و أمّا ما يكون مرتبطا بأصل النّكاح مثل اشتراط الخيار فيه أو عدم الاستمتاع بالكليّه ففساده لمنافاته مع مقتضى العقد عرفا أو شرعا يوجب فساد النّكاح كما لا يخفى فراجع و تأمّل

ثم إنّ عدم رجوعهم إلى مهر المثل عند فساد الشرط كما أفاده قدس سرّه بمجرّده لا يصير دليلا على المطلب و لا يثبت المدّعى فإنّ بناءهم فى صور فساد المهر تاره الرّجوع إلى مهر المثل كما إذا عقد على عبد فبان حرّا و أخرى بالرّجوع إلى مثل المسمّى أو قيمته كما إذا عقد على مال فظهر مال الغير و بعض المقامات صار محلّ الإشكال كالعقد على الخمر و الخنزير و نحوهما فى بطلان أصل المهر و الرّجوع إلى مهر المثل أو بطلان تعيينه فى ما لا يملك فيرجع إلى قيمته عند مستحليه و الضّابط فى ذلك أنّ الفساد تاره يرجع إلى تقديره كما إذا عقد على شى ء لا قيمه له أصلا كالعقد على الحرّ مثلا و أخرى يرجع إلى بطلان تعيينه كما فى مال الغير فيرجع إلى قيمته و منه يظهر وجه الإشكال فى مثل الخمر و الخنزير من حيث إنّه لا ماليّه لهما فى الشرع فيرجع الفساد إلى بطلان التّقدير و من حيث إنّ لهما تقدير عند مستحليه فيرجع إلى القيمه

و كيف كان المسأله من قبيل القسم الثّانى فإنّ فساد الشّرط لا يوجب بطلان أصل التقدير بل غايته بطلان تعيين ما هو بمنزله الضّميمه للمهر فيقوم ما جعل مهرا مع الشّرط تاره و مع عدمه أخرى و يرجع إلى التّفاوت و حينئذ فلو ثبت تسالمهم على عدم الرّجوع إلى شى ء مطلقا و الاقتصار على ما هو المسمّى كما هو الظّاهر فيدلّ على المدّعى و إلّا فلا دلاله بمجرّد عدم الرّجوع إلى مهر المثل فاحفظ ما ذكر من الضّابط

و منها النقض بالجزء الفاسد فإنّه لا يكاد يوجب فساد العقد قطعا بل يقسّط الثمن بنسبته و يصحّ فى الباقى و للمشترى الخيار لتبعّض الصّفقه الراجع إلى انتفاء شرط الانضمام و منه يظهر أنّ مرجعه أيضا إلى انتفاء الشرط لا أن يكون الفرق بينه و بين الشرط عسرا كما أفاده فى جامع المقاصد بل هو عينه فإنّ فساد الجزء يوجب انتفاء شرط الانضمام المعتبر فى العقد ضمنا فيكون التّراضى أيضا منوطا به كما فى الشّرط الفاسد

و كيف كان فالتفصيل بين الجزء الفاسد و الشّرط الفاسد و أنّ الثّانى يوجب فساد العقد دون الأوّل تحكّم صرف كما هو واضح و منها النّقض بصوره تعذّر الشّرط فإنّ التّراضى لو كان منوطا به على وجه يوجب انتفاؤه فاللّازم القول بالفساد فى صوره التعذّر أيضا غايته أنّ التعذّر تاره يكون عقليا و أخرى شرعيا كما فى صور فساد الشّرط و هذا ليس بفارق لأن التعذّر الشّرعى كالتعذّر العقلى كما أنّ الفرق بأنّ فى صوره التعذّر وقع العقد صحيحا على وجه المراضاه ثم طرأ عليه التعذّر الموجب لخياره

إمّا برضائه بالفاقد و إمّا بفسخه للعقد و هذا بخلاف فساد الشّرط فإنّ الرّضا من أوّل الأمر منوط بأمر فاسد فلا يقع العقد من أوّل الأمر صحيحا أيضا ليس بفارق لما يأتى الإشاره إليه من أنّ الرّضا غير منوط بالشّرط مطلقا على وجه ينتفى بانتفائه بالتعذّر الطّارى و غيره

و كيف كان فمن عدم التزامهم بالفساد هنا يكشف أنّ الإناطه ليس على وجه يوجب انتفاء الشّرط انتفاء التّراضى المعتبر فى صحّه العقد و حلّ ذلك ما أشرنا إليه سابقا فى توجيه الخيار عند تعذّر الشّرط و نعيده هنا أيضا توضيحا للمقام و تبعا له قدّس سرّه حيث حمل كلامه على خلاف مقصوده فلا بأس بالتّنبيه عليه

و حاصله أوّلا أنّ المراد من التراضى المعتبر فى العقود ليس ذلك المعنى القلبى المعبر عنه بطيب النّفس فإنّه من قبيل الدّواعى غالبا و تخلّفه لا يوجب بطلان المعامله و إلّا يلزم بطلان كثير من المعاملات الواقعه لأجل الفقر و الحاجه أو لأجل بعض الأغراض التى لو علم عدم حصولها لم يقدم على المعامله أصلا و غير ذلك من الدّواعى الّتى قد تحصل و قد تتخلّف بل المراد الرّضا المعاملى أى فى مقام العقد و الإنشاء الخارجى إيجابا أو قبولا لا يكون بمكره و لا مجبور كما هو واضح

ثم إنّ العناوين الّتى يقع عليها العقد أو القيود المأخوذه فيه وصفا أو شرطا تاره تكون من الصّور النوعيّه لم يقع عليه العقد و أخرى تكون من العوارض الخارجيّه بالنّسبه إليه

و الّذى يقع عليه المبادله و يبذل بإزائه العوض هو القسم الأوّل أى الصوره الجوهريّه الّتى للشى ء و بها يكون الشّى ء شيئا و بها يكون ماليّه الأشياء لوضوح أنّ المادّه الهيولائيه غير صالحه لأن يبذل بإزائها المال و لا يعدّ من الأموال كما أنّ العوارض أيضا لا يبذل بإزائها شى ء من العوض بل توجب زياده فى الماليّه و كثره الرّغبه فى معروضها

و على أىّ حال فالمبادله تقع بين الشّى ء بصورته النّوعيّه و عوضه كما أنّ الرّضا المعتبر فى المعامله منوط بها فإذا تخلّف الصّوره النّوعيّه مثل أنّه باع حمارا فبان بغله أو بقره فلا شبهه فى بطلان العقد رأسا لأنّ البغله أو البقره لم يقع عليها العقد و لم يكن المواطاه و المراضاه عليها فيحتاج إلى مبادله جديده و رضاء جديد سواء أخذت الصوره النوعيّه عنوانا للمبيع فى لسان العقد كقوله بعتك هذا الحمار أو وصفا كقوله بعتك هذا الّذى هو حمار أو الحمار الّذى هو هذا أو شرطا كقوله بعتك هذا بشرط أن يكون حمارا إلى غير ذلك من التّعبيرات ففى جميع هذه الصّور يفسد المعامله عند التخلّف لما ذكر من أنّ ما وقع عليه العقد و المراضاه غير الموجود لم يقع عليه العقد و المراضاه

و أمّا العوارض فحيث عرفت عدم وقوع شى ء من العوض بإزائها فانتفاؤها لا يوجب خلل فى العقد و فيما وقع عليه العقد و لا يكون التّراضى بالمعنى الّذى قلنا أيضا منوطا به و إلّا فانتفاؤها يوجب البطلان لا الصحّه و الخيار بل من قبيل قيود الواجب بمعنى أنّ المبيع وقع عليه العقد بهذا الوصف فيجب على البائع تسليمه كذلك لا من قبيل قيد الوجوب بمعنى التّعليق فى الإنشاء و لا التّعليق فى المنشإ فإنّ جميع ذلك يوجب الفساد عند عدمه بل التزام زائد فى ضمن الالتزام الأوّل نتيجته وجوب الوفاء به و مع عدمه عدم لزوم الوفاء به من غير أن يوجب اختلالا فى الالتزام الأوّل و أركانه و المراضاه المعتبره فيه نظير وجوب الأكثر فى

ضمن الكلّ فى العبادات فإن انتفاءه لا يوجب انثلام وجوب الأقلّ كما هو الوجه فى جريان البراءه فى هذه المسأله إلّا

من حيث دخله فى الغرض و هذا ساقط فى باب المعاملات لما عرفت أنّ صحّتها و فسادها لا يدوران مدار الدّواعى و الأغراض

و كيف كان فقد ظهر أنّ التّراضى المعتبر فى المعامله غير منوط بوجود الشّرط و عدمه و هذا هو مراده قدّس سرّه من كون المفقود فى المعامله ركنا أو غير ركن و ضابطه ما ذكرنا من كونه من الصّور النّوعيّه أو من الأوصاف و الأعراض بالنّسبه إلى المتعاوضين لا أن يكون مراده التّفصيل بين ما يكون على نحو وحده المطلوب أو تعدّد المطلوب

فلا يصحّ توجيه الخيار بأنّ باب العقود من قبيل الثّانى كما قيل و حمل كلام المصنف عليه فإنّ ذلك أوّلا ليس أمرا كلّيّا مضبوطا حتّى يمكن دعواه فى جميع العقود بل يختلف باختلاف الموارد و الأغراض و ثانيا لا يكاد يوجب التّفاوت بين ما هو الرّكن و غيره فإنّ غير الرّكن أيضا بما يكون له دخل فى أصل المطلوب

و ثالثا ليس بناؤهم فى الخيار و عدمه على ذلك لوضوح أنّه لو أحرزنا فى القسم الأوّل أى فى مثل بعتك هذا الحمار أنّ غرض المشترى و مطلوبه مطلق دابّه تحملها و تحمل أثقاله من دون مدخليّه للحماريّه فيما هو مطلوبه من المعامله مع ذلك لو بان أنّه بقره أو بغله يفسد البيع بلا خلاف و لا إشكال كما أنّه لو أحرز أنّ تمام غرضه من شراء العبد أن يكون كاتبا بحيث لو علم بعدم كتابته لا يقدم على المعامله و شرائه بفلس و مع ذلك لو اشترى الكاتب ثم تخلّف الوصف ليس له إلّا الخيار أيضا بلا خلاف و لا إشكال

و السّر فيه ما ذكرنا أنّ باب العقود و المعاملات صحّه و فسادا لا يدور مدار الأغراض الباطنيّه و الدّواعى الشخصيّه

و كيف كان فقد ظهر أن ثبوت الخيار ليس مبتيّا على وحده المطلوب و تعدّده بل بمعزل عن هذا الباب غير مرتبط به بلا شكّ و لا ارتياب بل مبنيّ على الضّابط الّذى ذكرناه فاحفظه فإنّه من دقائق الأفكار النّفسيه الّتى استفدناها من شيخنا المحقّق و أستاذنا المدقّق أدام اللّه أيّام إفاضاته

و بالجمله فقد تحصّل من مجموع ما ذكر أنّ مقتضى القواعد فى الشّرط الفاسد هو الخيار مع صحّه العقد كما عن جماعه من الأجلّه و اختاره المصنف قدّس سرّه بالأخره أيضا مع اضطراب فى قلمه لمخالفه مثل المحقّق و العلّامه و الشّهيدين و غيرهم من الأجلّاء الّذين ليست مخالفتهم بأمر سهل فى أمثال هذه المسائل مع تفصيله قدّس سرّه بين صوره علم المشروط له بالفساد و جهله

و الوجه فيه أنّ بناءه قدّس سرّه فى خيار تخلّف الشّرط مطلقا أنّه على خلاف القاعده و ثبوته فى موارده إنّما هو بمثل قاعده الضّرر و نحوها كما لا يخفى على المتتبع فى كلامه قدّس سرّه فيختلف الحال من حيث شمول القاعده و عدمه باختلاف العلم و الجهل

و أمّا على ما اخترناه فى جميع الأبواب من أنّه على القواعد من غير حاجه إلى دليل آخر فلا يكاد يفرق بين صورتى العلم و الجهل أيضا نعم الّذى يشكل الأمر فى المسأله و يصعب المشى على طبق ما ذكرنا من القاعده أنّه ليس من الخيار لا فى كلمات

القائلين بالفساد أو الصـحّه و لا فى لسان الأخبار و الأدلّه عين و لا أثر و لذا صارت المسأله فى غايه الإشـكال أقول و يؤيّد ذلك أى عـدم ذكر من الخيار فى الأقوال و الآثار ما تقدّم من الإشـكال فى أصل المسأله و أنّ الشّـرط بعد فرض فساده كيف يؤثر فى العقد مع أنّ تأثيره فيه نحو ترتيب أثر عليه المنافى مع فساده و قد أجاب الأستاد عنه بأن معنى الفساد عدم ترتيب الأثر عليه شرعا

و أمّـا الأثر اللازم لوجوده تكوينا الحاصل بإنشائه لا محاله فلا ينافى مع فساده مثلا البيع المشترط فيه بما يخالف الكتاب مثل بيع العنب

على أن يصنعه خمرا معنى فساده عدم ترتّب آثار الصحّه عليه و إلغائه عند الشّارع

و أمّا كونه التزاما فى ضمن العقد عرفا بحيث لو لم يكن المنع الشّرعى يصحّ فهو أمر حاصل بالتزام المتعاقدين و تأثيره فى فساد العقد من تلك الجهه و لكن لا يخفى أنّ هذا مبنيّ على كون المجعول الشّرعى فى العقود هو ترتيب الآثار لا نفس المسبّبات مثل الملكيّه و الزّوجيّه بل كانت هى منتزعه عن الآثار و هو خلاف التّحقيق

قوله قدّس سرّه الثّالث روايه عبد الملك إلى آخره

هذا هو الوجه الثّالث الّذى استدلّ به القائلون بالفساد و هو عدّه أخبار غير واضحه الدلاله على المدّعى منها روايه عبد الملك عن الرّضا ع عن الرّجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضيعه هل يستقيم ذلك و يأخذ ذلك قال ع لا ينبغى إلى آخره بناء على أنّ المراد لا ينبغى البيع لاشتماله على شرط عدم الوضيعه المخالف للسنّه فيفسد و إلّا فلا موجب للكراهه و فيه ما لا يخفى لاحتمال أن يكون المراد كراهه الأخذ بالوضيعه فلا يدلّ على فساد الشّرط فضلا عن فساد العقد كما يحتمل إرجاعه إلى الشّرط أى لا ينبغى مثل هذا الشّرط و على أيّ حال غايته الكراهه لا الفساد مع ما فيه من الإجمال و الإبهام كما لا يخفى

و منها ما رواه الحسين بن منذر عن أبى عبد اللّه ع فى بيع العينه و المشهور فيه ما هو المعهود المتداول بين النّاس تخلّصا عن الرّبا و هو أن يشترى السّلعه بثمن مؤجّل ثم يبيعها من بائعها بأقل من هذا الثمن نقدا متباينا على ذلك قبل العقد فقد سأله عن ذلك فقال ع إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس إلى آخره بحمل الخيار على ما يقابل التزامهما بالبيع الثّانى و هو لا يكون إلّا باشتراط البيع على بائعه و قد قلنا بفساد هذا الشّرط فيدل على أنّ مع الاشتراط فيه بأس و لا موجب له إلّا فساد الشّرط

و فيه تكلّف واضح بل الظّاهر أنّ مراده ع من قوله إن كان بالخيار و كنت بالخيار وقوع المعامله الأولى جدّا و حقيقه بحيث لو لم يشأ أحدهما للبيع الثّانى كان عليه ذلك فى مقابل وقوعها صوريا و وسيله للعقد الثّانى كما لا يخفى على المتأمّل

و منها روايه عليّ بن جعفر ع فى بيع العينه أيضا عن أخيه ع قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسه نقدا أ يحلّ قال ع إذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس إلى آخره قال قدّس سرّه و دلالتها أوضح من الأولى و هو كما أفاد من حيث التصريح بعدم الاشتراط إلّا أنّ تفسيره بقوله ع و رضيا شاهد على ما ذكرنا أى وقوع البيع الأوّل عن مراضاه و عن طيب لا صوريّا للتوصّل إلى الثّانى

و كيف كان فالإنصاف عدم دلاله شى ء منها على المدّعى خصوصا فى قبال ما ذكر من الأخبار العديده الواضحه الدلاله فى أنّ الشّرط الفاسد كاشتراط كون ولاء العتق على غير المعتق كما فى قضيّه بريده و اشتراط عدم الإرث فى الرّوايتين الأخيرتين لا يوجب فساد أصل البيع و دلالتها على ذلك فى غايه الظهور و لم نذكرها لوضوحها فراجع هذا مع أن عمومات مشروعيّه العقود و المعاملات يكفى للقول بالصحّه كما لا يخفى

نعم قد استدلّ عليها أيضا بأن صحّه الشّرط فرع صحّه البيع فلو كان صحّته أيضا موقوفا على صحّه الشرط يدور و لكنّه مدفوع بأنّ المراد من صحّه الشّرط إن كان صلاحيّه لأن يقع صحيحا و واجب الوفاء فهو لا يتوقّف على صحّه البيع بل على الشّروط المتقدّمه و إن كان المراد وجوب الوفاء به فعلا- فهو و إن توقّف على صحّه البيع و وجوب الوفاء به أيضا إلّا أنّ التوقّف من الطّرفين فى مرتبه واحده كتوقف صحّه الإيجاب على القبول و القبول على الإيجاب

و هنا لا محذور فيه و لا يكون مستحيلا كما حقّق فى محلّه

قوله ثمّ على تقدير صحّه العقد إلى آخره

كان التحقيق هنا عقد فروع و جعل ذلك أوّلها مقابل قوله الثّانى و لعلّه غلط من النّسخه أو سهو من قلمه و كيف كان قد حقّقنا سابقا أن خيار تخلّف الشّرط على القاعده و فساد الشّرط أيضا أحد مصاديقه فإنّ التعذّر الشّرعى كالتعذّر العقلى فى كونه موجبا لتخلّف ما التزم عليه المتعاقدان بمعنى أن صاحب الشّرط لم يلتزم بالفاقد فلا ملزم للعقد بالنّسبه إليه شرعا فإنّ دليل اللّزوم مفاده وجوب الوفاء فى ما التزما به و المفروض تعذّره و حينئذ فلا فرق بين علم المشروط له أو جهله به

و أمّا بناء على مختاره قدّس سرّه من أنّه على خلاف القاعده قد ثبت فى بعض الموارد بالإجماع و دليل الضّرر و نحوه فالتّفصيل فى محلّه لأنّ مع علمه بالحال قد أقدم على ضرره فلا يعمّه القاعده و الإجماع أيضا منتف فى المقام

بل قد عرفت أنّ فى كلماتهم ليس من الخيار عين و لا أثر فاللّازم الأخذ بالمتيقّن هذا آخر ما استفدنا منه دام ظلّه فى باب الشّروط و أسأل اللّه أن يجزيه عنّا خير الجزاء و وفّقنا و إياه لما يحب و يرضى هذا آخر ما استنسخته من تقريرات العالم الفاضل المرحوم الميرزا أبى الفضل الأصفهانى طاب ثراه فلنرجع إلى ما استفدناه منه دام ظلّه فى أحكام الخيار

[الكلام فى أحكام الخيار]

[الخيار موروث بأنواعه]

اشاره

قوله قدّس سرّه الكلام فى أحكام الخيار الخيار موروث بأنواعه إلى آخره

لا يخفى أنّ توضيح ما أفاده فى هذا العنوان يتوقّف على التّنبيه على أمور قد تقدّم الإشاره إليها فى هذا الكتاب إجمالا

الأوّل أنّ المجعول الشّرعى الأعمّ من التّأسيسى و الإمضائى على قسمين تكليف و وضع و إنكار الأخير و جعله منتزعا من الأوّل لا وجه له فإنّ بعض أقسامه كالسّببيه و الجزئيّه و الشّرطيّه و المانعيّه و إن لم يكن قابلا للجعل متأصلا إلّا أنّ ما عداه قابل لذلك لأنّ المجعول الشّرعى التأصّلى عباره عمّا كان وجوده التّكوينى عين تشريعه فإذا تحقّق شى ء فى عالم الاعتبار بنفس إنشائه فهو قابل للجعل و لا شبهه أنّ الملكيّه و الولايه و الحريّه و نحو ذلك تتحقّق فى عالم الاعتبار خارجا بنفس إنشاء من بيده ذلك فكما أنّ التّكليفيّات سنخ من الاعتباريّات إذا أضيفت إلى الجاعل تكون من أفعاله و إذا أضيفت إلى الأفعال تشبه الكيفيات الخارجيّه و إذا أضيفت إلى المكلّف تكون من سنخ الانفعال و لها آثار و أحكام من وجوب الطّاعه و قبح المعصيه فكذلك الوضعيّات و منها الملكيّه الّتى تسمّى بالجده الاعتباريّه و الإضافه الخاصّه بين المالك و المملوك الحاصله من أسباب خاصّه

اختياريه أو قهريّه كالبيع و الإرث و نحوهما

ثمّ إنّ لهذه الإضافه مرتبتين مرتبه قويّه تسمّى بالملك و ضعيفه تسمّى بالحق أى لو كانت تامّه من حيث نفسها و من حيث متعلّقها تسمّى ملكا و لازمه سلطنه المالك عليه المستتبعه لنفوذ أنحاء التصرّفات فيه إلّا ما خرج و لو كانت ناقصه من حيث نفسها كالإضافه الحاصله بين المرتهن و العين المرهونه أو من حيث متعلّقها كالحاصله بين ذى الخيار و ما تعلّق الخيار به أو الحاصله بين المالك و الشّى ء الغير المتموّل كحبّه الحنطه تسمّى حقّا

الثّانى أنّ انتقال هذه الإضافه إلى الغير بمعناها الجامع بين الملك و الحقّ تاره بمبادله المملوك الّذى هو أحد طرفى الإضافتين و أخرى بتبدّل المالك الّذى هو الطّرف الآخر و ثالثه بإعطاء نفس الإضافه و السّبب لحصول الأوّل هو العقود المملكه للعين أو المنفعه مجّانا أو بالعوض الّتى تجمعها العناوين الأربعه الهبه و العاريه و البيع و الإجاره و ما يحذو حذوها و للثّانى هو الإرث الّذى قد بيّنا فى أوّل الكتاب أنّه عباره عن تبدّل المالك مع بقاء الملك و الإضافه الّتى بينه

و بين مالكه على حاله و للثّالث هو الهبه المعوّضه فإنّها على ما احتملناه فى المعاطاه عباره عن إعطاء المالك نفس الإضافه لغيره بل لا يبعد أن يكون الهبه الغير المعوّضه أيضا كذلك فإنّهما لا تختلفان من هذه الجهه

و كيف كـان فلاـ إشكال فى أنّ الإرث سبب للانتقال إلى الوارث بالتبـدّل المالكى و الانتقال الحاصل بالوراثه مباين سنخا مع الانتقـال الحاصل بالعقود المملكه الثالث أنّ إرث الخيار يتوقف على أمرين أحـدهما كون الخيار حقّا لا حكما شرعيا كالإجازه للعقد الفضولى و جواز الرّجوع فى الهبه الثانى أن لا يكون من الأمور القائمه بشخص مخصوص كحقّ الحضانه و المضاجعه لأن تبـدّل ذى الحق و قيام شخص مقام آخر بمقتضـى أدلّه الإرث يتوقف على أن يكون الحق ممّا تركه الميّت فلو لم يكن كذلك إمّـا بـأن لاـ يكون حقّا بل يكون حكما أو لا يكون بعـد الميّت باقيا لكون القائم به هو شـخص الميّت بحيث يـذهب بـذهابه فلا معنى للانتقـال إلى الغير و حيث قـد تقـدم فى بحثى المعاطـاه و الخيـار كون الخيـار حقّا مالكيا لا حكما تعبّـديا و بيّنا الفرق بين الجواز الحقّى و الحكميّ فإثبـات الأـمر الأـوّل لاـ يتوقّف على قيـام الإجماع عليه و لكن إثبات كونه قابلا للانتقال إلى الغير بغير الإجمـاع مشـكل فـإنّ الحقوق بأجمعها و إن كانت قابله للإسـقاط و هـذا هو الضّابط التام بين الحقّ و الحكم و قـد أوضـحنا فى صـدر مبحث الـبيع أنّه لاـ وجه لتقسيم بعض المحشـين الحقـوق بمـا يقبـل الإسـقاط و مـا لاـ يقبله كحق الولاـيه و الأـبوّه و حقّ الاسـتمتاع للزّوج و نحو ذلك لأنّ هذه من الأحكام و تسـميتها حقّا إنّما هو بعنايه و مناسبه إلّا أنّ إثبات كونها قابله للانتقال إلى الغير مشـكل لإمكـان كونهـا حقـا و إضـافه خـاصّه و لكنّها قائمه بشـخص خاص و قـد يتوهم إمكان إثبات ذلك من نفس أدلّه الخيار فإنّ الظّاهر منها أنّ الميّت المالك لحقّ الخيار مورد للحقّ لا مقوّم له فإذا كان موردا له ينتقل إلى وارثه

و فيه أنّه لو كـان موردا له أنتـج عكس المقصود فإنّ كون الشّـخص موردا لحقّ أو مال إنّما هو لانطباق عنوان عليه من دون نظر إلى خصوصيّه الشخصيّه كأعلم البلد و الفقراء و نحوهما و هذا العنوان لو انطبق على شخص يكون مصرفا للمال أو الحقّ و لو لم ينطبق عليه لاـ يستحقّه و كون أبيه متّصـفا بهـذا العنوان لا يوجب انتقال ما كان له إلى وارثه فأصل مورد الإرث مبنى على أن لا يكون المورث موردا بل كان ذا حق لخصوصيّته الشخصيّه فيقع النزاع فى أنّه هل ينتقل هذا الحق إلى وارثه أو لا

و قد يقال إنّ الحقّ لو كان ممّا يستجلب به المال كحق الخيار و الشّـفعه و التّحجير و السّبق فى المباحات الأصليّه أو يستجلب به أمر آخر كالقصاص و حـدّ القذف فهو ممّا تركه الميّت و ينتقل إلى وارثه و أمّا لو لم يكن كذلك كحقّ السّـبق فى المشتركات العـامّه من المـدارس و المساجـد و الخانـات فليس ممّـا تركه الميّت حتّى ينتقل إلى وارثه و هـذا منشأ التّفصـيل بين جعل الخيار لأحـد المتعاقـدين فيرثه وارثه و جعله للأـجنبى فلاـ يرثه لأنّ الأجنبى لا يسـتجلب المال لنفسه بإعمال الخيار و لا شـيئا آخر فحقّ الخيار ليس ممّا تركه حتى يقوم الوارث مقامه

و السرّ فى ذلك أنّه لو كان الحقّ متعلّقا بشى ء كالمال أو القصاص فحيث إنّ غير نفس الإضافه يكون هناك أمر باق فلا بدّ أن ينتقـل إلى الوارث و أمـا لو لم يكن للمورّث إلّـا نفس السّـلطنه من دون تعلّقه بـأمر آخر كـالجلوس فى المـدرسه و المسـجد أو التوليه و القيومه من قبل الحاكم فليس غير الاستيلاء شى ء باقيا حتى ينتقل إلى الوارث هذا

و لكنّك خبير بأن إثبات هذا التّفصيل أيضا بغير الإجماع مشكل فإنّ

تعلّق الخيار المجعول لأحد المتعاقدين بالمال و عدم تعلّقه به لو كان مجعولا للأجنبىّ دعوى بلا برهان و هكذا الفرق بين حقّ التّحجير مثلا و حقّ الجلوس فى المسجد

نعم لو ثبت التّفصيل فلا فرق بين أن يكون متعلّق الحقّ مالا فعليّا كحقّ السّبق فى المباحات الأصليّه و أن لا يكون كذلك كالصّيد الّذى يقع فى الشّبكه المنصوبه من الميّت بل لا يبعد أن يقال إنّ إرث الصّيد من إرث الأموال لا الحقوق لأنّه لا فرق فى نظر العرف و العقلاء بين الأموال الفعليّه و ما يئول إليها

و كيف كان فما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الاستدلال على إرث الخيار بالكتاب و السنّه الواردين فى إرث ما ترك الميّت يتوقّف على كون الخيار حقا لا حكما و أن يكون قابلا للانتقال ممّا لا شبهه فيه

و قد عرفت أن إثبات الجزء الثّانى بغير الإجماع مشكل و أمّا إثبات الجزء الأوّل فلا يتوقّف على الإجماع على نفس الحكم و لا على الإجماع على سقوطه بالإسقاط و لا على الخبر الوارد فى خيار الحيوان من سقوطه بالتصرّف معلّلا بأنّه رضى منه لما عرفت من أنّ الخيار حقّ مالكىّ لا حكم تعبّدى فهو قابل فى نفسه لأن ينتقل إلى الوارث

و نحن و إن استوفينا البحث عن ذلك سابقا إلّا أنّه لا بأس بالإشاره إليه توضيحا لما سبق و تنبيها لما سيأتى فنقول إنّ اللّزوم و الجواز تاره يلحقان المنشأ بالعقد بمعنى أنّ ذات المعقود عليه قد يقتضى اللّزوم مع قطع النّظر عن وقوعه فى حيّز العقد كالنّكاح و الضّمان و الوقف و نحو ذلك بحيث إنّه لو صحّ وقوعه بالمعاطاه لكان لازما أيضا و قد يقتضى الجواز كما فى الهبه الغير المعوّضه و هذا القسم من اللّزوم أو الجواز يكون حكما تعبّديّا صرفا و لذا لا يتغيّر النّكاح و نحوه بالشّرط على خلافه و لا يقبل الإقاله و لا يتغيّر الهبه أيضا عن مقتضى ذاتها بالشّرط على خلافها و لا يؤثّر وقوعها تحت الالتزام العقدى فى لزومها فهى خارجه عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالتّخصيص

و أخرى يلحقان نفس العقد بمعنى أنّ المنشأ كالبيع مثل فى حدّ ذاته لا يقتضى الجواز أو اللّزوم و لكنّه حيث أنشئ بالعقد الّذى هو العهد المؤكّد فبمدلوله الالتزامى العرفى يدلّ على التزام كلّ من المتعاقدين بالمدلول المطابقى و هو المبادله بين المالين و مرجع قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلى تحقّق تلك الالتزام و أنّ البائع لالتزامه بالتّبديل ملزم على أن يكون المبيع عوضا عن الثّمن و هذا الالتزام يملكه المشترى و المشترى أيضا ملزم على أن يكون الثّمن عوضا عن المبيع و التزامه بذلك يملكه البائع فكلّ واحد مالك لالتزام طرفه و حلّ هذا الالتزام العقدى إمّا بالإقاله أى ردّ كلّ منهما إلى طرفه الالتزام الّذى ملكه أو بفسخ أحدهما إذا كان مالكا لكلا الالتزامين الّذى يعبّر عنه بالخيار فحقيقه الإقاله هى الفسخ لا البيع ثانيا

غايه الأمر لا يتحقّق حلّ العقد إلّا بتجاوز كلّ منهما عن حقّه لأنّ كلّ واحد لا يملك إلّا أحد طرفى العقد و حقيقه الخيار هى ملك كلا الالتزامين أحدهما السّلطنه على التزام صاحبه الّذى ملكه بالعقد الّذى به جاز له الإقاله الثّانى السّلطنه على التزام نفسه الّذى ثبت له شرعا كخيار المجلس و الحيوان أو بجعل منهما كخيار الشّرط أو بتخلّف الشّروط الضّمنيه كخيار الغبن و العيب و نحو ذلك

إذا عرفت ذلك ظهر الفرق بين الخيار و الجواز الحكمى و اللّزوم العقدى و الحكمى فإنّ الجواز الحكمى مقابل للّزوم الحكمى و أمّا الخيار هو مقابل للّزوم العقدى الّذى هو حقّ من الحقوق فإنّه عباره عن سلطنه كلّ من المتعاقدين على التزام الآخر فكلّ منهما مسلّط و مسلّط عليه

و علی هذا فلا شبهه أن الخیار قابل للإسقاط و الانتقال إلی غیره بعد ما ثبت إجماعا أنّه لیس لنفس ذی الخیار خصوصیّه بها یقوم به حتی ینتفی بموته أو جنونه

[بقی الکلام فی أنّ إرث الخیار لیس تابعا لإرث المال]

قوله قدّس سرّه بقی الکلام فی أنّ إرث الخیار لیس تابعا لإرث المال إلی آخره

لا یخفی أنّ المسلّم من عدم تبعیّه إرث الخیار لإرث المال إنما هو بالنّسبه إلی الدّین المستغرق لترکه المیّت فإنّه لو قیل بعدم انتقال التّرکه إلی الوارث فلا تلازم بینه و بین عدم انتقال الخیار إلیه

و أمّا بالنّسبه إلی الزّوجه المحرومه من العقار و غیر الأکبر من الأولاد المحروم من الحبوه فظاهر المشهور هو التّلازم و کیف کان ففی إرث الوارث للخیار المتعلّق بالمال الّذی لا یرث منه وجوه ثالثها التّفصیل بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا إلی المیّت أو عنه فیرث فی الأوّل دون الثانی

و رابعها عدم الجواز فی هذه الصّوره و الإشکال فی غیرها و قبل بیان مدرک الوجوه ینبغی التّنبیه علی أمر و هو أنّ النّزاع فی إرث الزوجه الخیار المتعلّق بما تحرم عنه و هکذا إرث غیر الولد الأکبر الخیار المتعلّق بالحبوه إنّما هو بعد الفراغ عن أنّ إرث الخیار لیس کإرث حق الشّفعه فإنّ أصل ثبوت خیار الشّفعه للشریک إنّما هو بمعنی ثبوت حقّ إبطال المعامله و إرجاعها إلی نفسه بالثّمن الّذی اشتری المشتری به فإرثه عباره عن انتقال هذا الحقّ إلی الوارث بأن یرجع المعامله إلی نفسه بالثمن من ماله و أمّا إرث الخیار فلیس عباره عن حقّ إرجاع المعامله إلی نفسه بل عباره عن حق حلّ المعامله و إرجاع ما انتقل عن المیّت إلیه ثم إرث الوارث منه فلا تلازم بین ثبوت حقّ الشّفعه للوارث و ثبوت حق الخیار له

و بعباره أخری الأقوال الأربعه فی إرث الزّوجه الخیار مبتنیه علی أن یکون الفسخ حلّا للعقد و أن یکون کالإقاله علی مذهب الخاصّه لا أن یکون کالأخذ بالشّفعه و کالتملّک الجدید

ثم إنّه لا تلازم أیضا بین إرث حقّ الإقاله و حقّ الخیار لما عرفت أنّ الخیار ملک کلا الالتزامین و أمّا ما به یقدر علی الإقاله فهو ملک التزام الطّرف و هو لیس تابعا لإرث المال و إلّا لزم أن یکون الطّرف مالکا للفسخ دون الوارث لأنّ الطّرف مالک لالتزام المیّت من دون أن یملک الوارث التزام الطّرف فمن عدم قدرته علی الفسخ نستکشف أنّ الالتزام الّذی کان المیّت مالکا له یملکه الوارث و هذا البرهان لا یجری فی الخیار لأنّ من علیه الخیار لا یملک التزام طرفه

و کیف کان فالأقوال فی المسأله مبتنیه علی أن یکون الخیار حلّا للعقد إذا عرفت ذلک فنقول الوجه لعدم إرث الخیار مطلقا هو أنّ الخیار علی ما تقدّم ملک کلا الالتزامین و لا یمکن أن تملک الزّوجه مثلا کلیهما لأنّ الأرض لو انتقلت عن المیّت فهی لیست مالکه لالتزام نفسها و لو انتقلت إلیه فهی لیست مالکه لالتزام الطّرف لأنّ الأرض لغیرها من الورثه فلو أراد البائع أن یفسخ

البيع و يردّ الأرض إلى نفسه ليس للزّوجه منعه عنه

و وجّهه المصنف قدّس سرّه بوجه آخر فقال و الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلّطه على ما وصل بإزائه و لا يخفى أنّ هذا نظير ما أفاده فى خيار المجلس من عدم ثبوته للوكيل الغير المفوّض و هذا الوجه بظاهره لا يستقيم فى كلا المقامين لوضوح أنّ الخيار حق متعلّق بالعقد لا بما انتقل عنه و لا يتوقّف على السّلطنه على المنتقل إليه أيضا و إلّا لم يثبت للأجنبيّ و لا للورثه مع استغراق الدين

و لكنّه يمكن أن يكون مقصوده أنّ الخيار و إن كان متعلّقا بالعقد إلّا أنّه لا بما هو فى حيال نفسه بل لكونه طريقا لاسترجاع ما انتقل عنه و ردّ ما انتقل إليه فإذا كان الوارث محروما عن أحدهما فلا معنى لفسخه

و أمّا وجه ثبوت الخيار لها مطلقا كما قوّاه

صاحب الجواهر فهو أنّ الخيار ليس إلّا السّلطنه على الفسخ و الإمضاء و هو متعلّق بالعقد على ما عرفت من تعريفه فى بحث الخيار من أنّه ملك فسخ العقد و إقراره و لا ربط له بالمنتقل عنه أو إليه حتّى تحرم الزّوجه عنه و لذا صحّ جعله للأجنبى و لا ينافى ذلك ما قيل من أنّه ملك كلا الالتزامين فإنّ مالكيه الالتزامين لها معنيان أحدهما صحيح و ثابت فى المقام و هو التسلّط على الفسخ و الإمضاء فإنّ هذا اعتبار عقلائى كان للمورث فيرثه وارثه و ذلك ليس تابعا للملك و بهذا المعنى يصحّ جعله للأجنبىّ

و الثّانى هو الملك المطلق بحيث يكون له السّلطنه على طرد غير ذى الخيار و منعه عن الفسخ و هذا لا دليل على اعتباره

و أمّا وجه ثبوت الخيار لها إذا انتقلت الأرض إلى الميّت كما اختاره فخر المحقّقين و فسّر به عباره والده فى القواعد فلأنّ به تستجلب الثّمن فإنّ ملك بائع الأرض للثّمن لما كان متزلزلا حين حياه المورّث اقتضى بقاء هذا التّزلزل بعد موته ثبوت حقّ للزّوجه و إن لم يكن لها تسلّط على نفس الأرض و هذا القول هو الظّاهر من القواعد قال قدّس سرّه الخيار موروث بالحصص كالمال فى أىّ أنواعه كان إلّا الزّوجه غير ذات الولد على أشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثّمن انتهى فإنّ الظّاهر أنّ المشار إليه فى قوله أقربه ذلك هو الإرث كما فسّر به الفخر و السيّد عميد الدّين و الشّهيد

و أمّا وجه عدم ثبوت الخيار لها فى هذه الصّوره كما اختاره جامع المقاصد و فسّر به عباره القواعد و قال إنّ المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الّذى سيقت لأجله العباره فلأنه إذا انتقلت الأرض إلى الميّت لا ترث الزّوجه منها بل هى حقّ لباقى الورثه استحقّوها بالموت فكيف تملك الزّوجه إبطال استحقاقهم إلى أن قال و أيضا فإنّها إذا ورثت فى هذه الصّوره وجب أن ترث فيما إذا باع الميّت أرضا بطريق أولى لأنّها ترث حينئذ من الثّمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقّها من الثّمن و هو أولى من إرثها حق غيرها الّذى اختصوا بملكها انتهى

و الأقوى من هذه الوجوه هو ما اختاره فخر المحقّقين و توضيحه يتوقف على الإشاره إلى أمور تقدم التّنبيه عليها الأوّل أنّ العقد بمدلوله الالتزامى يدلّ على التزام كلّ من المتعاقدين بمالكيّه صاحبه لما انتقل عنه إليه و هذا معنى لزوم العقد و حلّه إمّا برد كلّ منهما التزام صاحبه الّذى هو مقوم مالكيته لما انتقل إليه و إمّا بالسّلطنه على كلا الالتزامين و الأوّل هو الإقاله و الثّانى هو الخيار الثّانى أنّ اعتبار الحقوق الّتى هى من الأمور الاعتباريه النّفس الأمريّه تاره على وجه الموضوعيّه سواء كانت من الحقوق المتقوّمه لشخص خاصّ كحق المضاجعه و الحضانه أم لا كحقّ القصاص و حدّ القذف و أخرى على وجه الطّريقيّه لاكتساب المال و جلب منافع الأموال كحقّ الخيار الثالث أنّ ثبوت الخيار للوارث ليس من جهه تبعيّته للملك فإنّ هذا لا يختصّ بالحقّ بل الحكم أيضا يثبت للوارث إذا انتقل المال إليه كحق إجازه العقد الواقع فضولا فى ملك المورّث

إذا عرفت ذلك ظهر بطلان القول بإرث الخيار لها مطلقا لأنّ هذا الحقّ حيث اعتبر لجلب المال لا يمكن أن ترثه الزّوجه إذا انتقلت الأرض عن الميّت و لا ينافى ذلك كون الخيار عباره عن التسلّط على الفسخ و الإمضاء و عدم كونه تابعا لإرث المال لأنّ انتقاله إلى الوارث يتوقّف على كون الحقّ متروكا بحيث لو لم يملكه الوارث لبقى الحقّ بلا مستحقّ و كونه متروكا يتوقّف على إثبات كونه ممّا يستجلب به شى ء إمّا لنفس ذى الحقّ

أو لغيره كالأجنبى و لا ندّعى امتناع ثبوت الخيار لمن ليس مالكا للمال شرعا أو عقلا حتّى ينتقض بثبوته للأجنبى

إن قلت لا إشكال فى بقاء هذا الحق بعد الميّت و لذا يرثه سائر الورثه فلو كان باقيا و لم يكن تابعا للمال بل كان مجرّد السّلطنه على الفسخ و الإمضاء ترثه الزّوجه أيضا قلت بقاؤه لسائر الورثه لا يلازم إرث الزّوجه منه سواء قيل بأنّ الوارث يستحقّ الخيار بالحصّه أو قيل بكونه قائما بالمجموع أو قيل بأن لكلّ وارث خيارا مستقلّا أمّا على الأوّل فواضح لأنّ الزّوجه ليست لها حصّه و أمّا على الأخيرين فلأنّ اعتبار اجتماعها معهم أو ثبوته لها بالاستقلال أوّل الكلام لإمكان كونها كالوارث القاتل أو الكافر فإثباته لها لبقائه لسائر الورثه لا وجه له

و ظهر بطلان القول بعدم الإرث مطلقا لأنّ مبناه على أن يكون أدلّه الخيار مسوقه لبيان تسلّط ذى الخيار على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه و لذا لا يثبت للوكيل فى إجراء الصّيغه و المبنى ممنوع لأنّها مسوقه لبيان تسلّط ذى الخيار على الفسخ و الإمضاء و هذا التّسليط ليس تابعا للتّسلّط على المال المنتقل عنه و إليه و عدم تسلّط مجرى الصّيغه على الفسخ و الإمضاء إنّما هو لاعتبار قيد فى الموضوع و هو كونه بيّعا الّذى هو فاقد له لا لعدم تسلّطه على المالين هذا مع أنّ المورّث فى المقام كان مسلّطا على ما انتقل إليه و كان الخيار ثابتا له فإذا كان لأدلّه الإرث إطلاق فمقتضاه ثبوته للوارث و لو لم يكن مسلّطا على ما انتقل إلى الميّت لما عرفت فى الأمر الثّالث من أنّ إثبات الحقّ للوارث ليس من جهه تبعيّته للملك فإنّ ذلك لا يختصّ بالحقّ بل الحكم أيضا كذلك

و ظهر بطلان القول بالإرث إذا انتقلت الأرض عن الميّت لأنّها بالفسخ لا تستجلب شيئا و هذا بخلاف ما إذا انتقلت إليه فإنّها تستجلب الثّمن فلا مانع من سلطنتها على التزام الميّت بكون الثّمن باقيا فى ملك الطّرف فإنّه بعد أن ثبت أنّ هذا الالتزام بيد الميّت و كونه مالكا له كملكيّته لالتزام الطّرف بكون الأرض باقيه فى ملك الميّت و ثبت بأدلّه الإرث أنّ ما كان للميّت فهو لوارثه فيثبت لها ملكيّه هذا الالتزام و إن حرمت عن التزام صاحب الميّت للميّت لعدم إمكان توصّلها به إلى الأرض المنقله إلى الميّت لأنّ أثر الحرمان عن الأرض الموجب لحرمانها عن مالكيّه التزام طرف الميّت ليس إلّا عدم إمكان الإقاله لها و أمّا من حيث دخل ذلك الالتزام فى حلّ العقد فيدخل فى عموم أدلّه الإرث

و بعباره واضحه لا شبهه أنّ التزام الميّت فيما انتقل عنه ترثه الزّوجه لأنّ سلطنتها عليه طريق لاسترجاع الثّمن و أمّا التزام الطّرف بكون الأرض باقيه فى ملك الميّت فله حيثيّتان حيثيّه كون الأرض متقوّمه به فهى لسائر الورثه و لهم الإقاله و رد هذا الالتزام دون الزّوجه و حيثيّه مدخليّته فى الفسخ و قدره ذى الخيار عليه و من تلك الجهه من لوازم الخيار الّذى هو حقّ مالى تتوصّل الزّوجه به إلى الثمن فتأمّل

ثمّ إنّه قد يجعل مبنى الأقوال الأربعه الاختلاف فى حقيقه الخيار فلو قيل بأنّه ملك إقرار العقد و إزالته فترثه مطلقا و لو قيل بأنّه السّلطنه على الرّد و الاسترداد فى عرض واحد فلا ترثه مطلقا لأن الأرض لو كانت منتقله عن الميّت ليس لها السلطنه على الاسترداد و لو كانت منتقله إليه ليس لها السّلطنه على الرّد و لو قيل بأنّه السّلطنه على الرّد و يتبعه الاسترداد قهرا لا ترثه لو كانت الأرض منتقله إلى الميّت و أمّا لو كانت منتقله عنه فترثه لأنّ لها

السّلطنه على ردّ الثّمن و لو قيل بأنّه السّلطنه على الاسترداد و يتبعه الرد قهرا فالأمر بالعكس

و فيه أنّ الخيار عباره عن التّسلط على الحلّ و الإمضاء و الرّد أو الاسترداد خارج عن حقيقته و منشأ الأقوال الأربعه مع الاعتراف بأن حقيقه الخيار ذلك إنّما هو للنّزاع فى اعتبار قيد فى دليل الإرث و عدمه و هو كون هذا الحقّ طريقا لاسترجاع العين أو أنّه لوحظ بحيال نفسه

و على أىّ حال كون الخيار عباره عن الرّد وحده لا معنى له فإنّ ذلك هبه و كذلك الاسترداد استيهاب و الرّد و الاسترداد إمّا هبتان أو تبديل مال بمال هذا كلّه لو أريد من الرّد و الاسترداد الرّد إلى الشّخص و أمّا لو أريد منه الرّد إلى الملك فالرّد إليه لا يمكن إلّا بحلّ العقد و إبطاله فمن دون حلّه كيف يمكن أن يردّ العوضان إلى ما كانا قبل العقد مع أنّه لو أمكن ذلك فلا محاله يملك الرّد و الاسترداد فى عرض واحد لأنّ الرّد إلى الملك عباره عن إبطال التّبديل الواقع أوّلا و التّبديل ليس تبديلا مكانيّا حتّى يلاحظ الرّد أحد العوضين أوّلا و الآخر ثانيا بل اعتبارى و يحصل فى كلّ منهما فى رتبه واحده و فى زمان واحد

[مسأله فى كيفيّه استحقاق كلّ من الورثه الخيار مع أنّه شى ء واحد غير قابل للتّجزيه]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله فى كيفيّه استحقاق كلّ من الورثه الخيار مع أنّه شى ء واحد غير قابل للتّجزيه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل و هو استحقاق كلّ واحد منهم خيارا مستقلّا كمورثه بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ و إن أجاز الباقون بمعنى تقديم الفاسخ على المجيز و إنّ تأخّر فسخه ممتنع ثبوتا فإنّ الملك و الحقّ و الاستيلاء و كلّ ما يتصوّر من الإضافات و الاعتبارات الّتى وجوداتها العينيّه هى عين جعلها ممّن بيده جعلها و إيجادها لا يعقل أن تكون مع وحدتها مملوكه أو مضافه إلى اثنين بتمام الملكيّه و الإضافه بحيث كان لكل منهما منع الآخر عن التّصرف فيها إذ كما لا يمكن توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد كذلك لا يمكن أن يكون ملك واحد بتمامه لمالكين و حقّ واحد بتمامه لمستحقّين

و ما يقال من أنّ الملك حيث كان من الاعتباريّات فلا مانع من اعتبار مالكين لملك واحد فقد ظهر جوابه فى عقد الصّبىّ من أنّ الاعتبار الصّحيح هو المدار فى الاعتباريّات لا التّخيّلات و الفرضيّات و يمتنع أن تكون إضافه واحده قائمه باثنين و ما يمكن ثبوته لهما مع فرض وحدته هو حقّ المطالبه أو حقّ الاستيفاء فثبوت حقّ الخيار للأب و الجدّ إذا جنّ العاقد أو ثبوته لحاكمين مستقلّا ليس من باب قيام إضافه واحده بشخصين فإنّ الحقّ قائم بنفس المجنون و إنّما يكون للولى إعماله فلا يصحّ قياس إرث حقّ الخيار على إرث حقّ حدّ القذف لأنّ الحقّ الّذى ثبت للمورّث فى القذف هو حقّ مطالبه الحد لا أنّ له إضافه إلى الحدّ فإنّ الحدّ جزاء شرع للتشفّى فله المطالبه به و له العفو

و بالجمله الّذى يمتنع ثبوته لشخصين مستقلّا و فى عرض واحد هو ما يكون من قبيل الملك لا ما يكون من قبيل الولايه و حقّ

الاستيفاء أو المطالبه و حقّ حدّ القذف و إن جاز لكلّ من الورثه إعماله من دون المراجعه إلى غيره إلّا أنه نظير حقّ حدّ السّرقه و الزّنا لكل فقيه فلو دلّ الدّليل على أنّ حدّ القذف لا يسقط بعفو بعض المستحقّين فلا يستكشف عنه أن ملك الخيار أو المال يمكن أن يكون بتمامه لاثنين مستقلا و فى عرض واحد لإمكان أن يكون هذا الدّليل فى مقام إثبات السّلطنه لهما على المطالبه بحيث لو لم يكن هذا الدّليل لقلنا بمقتضى أدلّه الإرث أنّ حقّ الحدّ بمقدار حقّهم من إرث المال و لا يقاس إرث الخيار أيضا على إرث الشّفعه لقيام الدليل

على أنّ الشّريک المتعدّد الطّارى أو الابتدائى كالشّريک الواحد إمّا مطلقا أو إذا كان شريكه الآخر غائبا فإذا انتقل المال إلى الورثه يصير كلّ واحد منهم شريكا لانطباق عنوان الشّراكه عليه فلو أراد كلّ منهم إعمال الحقّ يقع التّزاحم و إذا أسقط أحدهم حقّه فللآخر إعماله و هذا الحكم فى ابتداء العقد خلافىّ إلّا أنّ الظّاهر هو الاتّفاق فى ثبوته للورثه المتعدّده فلا محاله يكون كيفيّه ثبوته لهم نظير كيفيّه ثبوته للمتعدّد حين العقد لو قيل به و هذا لا ربط له بإرث الخيار مستقلّا لأنّ كيفيّه ثبوته للمتعدّد هى الشّركه بينهم لو أخذ الكل بالشّفعه و إلّا يقع بينهم التّزاحم و أمّا لو أخذ واحد منهم دون غيره فهذا بمنزله تفويض المسقط حقّه إلى غيره

ثمّ لا يخفى أنّ حقّ القصاص أيضا ليس ممّا يستقلّ به كلّ وارث لأنّه لو كان كذلک لم يكن وجه لردّ الدّيه بمقدار حقّ غير الآخذ بالحقّ إلى أولياء المقتصّ منه فإمكان استيفاء الحقّ من كلّ واحد كإمكان الأخذ بالشّفعه لكلّ واحد مع رجوع المال المأخوذ إلى الجميع و هذا ليس عباره عن استقلال كلّ واحد على الأخذ بالحقّ

و حاصل الكلام أنّ استحقاق كلّ واحد من الورثه خيارا مستقلّا فى عرض الآخر بحيث ينتج تقديم الفاسخ على المجيز كما فى خيار المجلس للمتعاقدين ممّا لا يمكن ثبوتا و استحقاق كلّ واحد منهم على نحو استقلال الوكيل المفوّض و موكّله بحيث ينتج تقديم السّابق مجيزا كان أو فاسخا و إن أمكن ثبوتا إلّا أنه لا دليل عليه إثباتا لأنّ ظاهر أدلّه الوراثه أنّ الحقّ كالمال يتخصّص و ليس هنا دليل آخر يدلّ على استحقاق كلّ منهم مستقلّا و لم يقم برهان على أنّ الشّارع جعل لكلّ منهم ذلک و لا على أنّ المورّث اشترط على صاحبه أن يكون لكل من ورثته الخيار فالوجه الأوّل لا أساس له سواء قيل بأنّ الحق الواحد الفعلى قائم بالمتعدّد أو قيل بأنّ حقّ الاستيفاء قائم بهم إلّا أن يقال إن مقتضى ورود الحكم على العام أو المطلق هو استقلال كلّ فرد من الأفراد و هذا المعنى حيث يمتنع بالنّسبه إلى المال أو الحقّ على نحو اجتماع الملاک المتعدّده على ملک واحد فيلتزم بتقسيم المال و الحقّ بالحصص

و أمّا استقلال كلّ منهم على نحو الوكلاء المتعدّد أو المولى و العبد بالنّسبه إلى مال العبد و نحو ذلک فيجب الأخذ بظهور العام أو المطلق لأنّه لا دليل على امتناع ثبوت حقّ واحد فى سائر الحقوق للمتعدّد كحق القصاص و حدّ القذف و الشّفعه فإنّ الأوّلين عبارتان عن حقّ الاستيفاء و الثّالث عباره عن حقّ أن يملک كحق الإحياء و هكذا ثبت حقّ السّبق للمتعدّد و إنّما الممتنع إعمال هذا الحقّ للمتعدّد للتّزاحم بينهم فإذا أسقط بعضهم حقّه فللباقى إعماله و على هذا فلو دلّ دليل الإرث على أنّ ما تركه الميّت فلكلّ واحد من ورثته فالأخذ بظهوره و هو ثبوت هذا الحق للمتعدّد مستقلّا لا مانع منه هذا تمام الكلام فى الوجه الأوّل

و أمّا الثّانى أى استحقاق كلّ منهم خيارا مستقلّا فى نصيبه فهو أصحّ الوجوه كما اختاره العلّامه فى القواعد و قال الخيار موروث بالحصص كالمال لأنّ ظاهر قوله ص ما ترک الميّت من حقّ فلوارثه أن يكون إرث الحقّ كإرث المال و أن يكون جنس الوارث واحدا كان أو متعدّدا قائما مقام المورث و أن تكون الإضافه الخاصّه به قائمه بهذه الطّبيعه بمطلق وجودها و لازم ذلک استحقاق الفسخ و الإجازه لكلّ واحد فى مقدار نصيبه إلّا أنّه ينافى ذلک تبعّض الصّفقه على طرف الميّت و مقتضى الشّرط الضّمنى الّذى التزم به الميّت من عدم تبعّض الصّفقه عليه عدم نفوذ إعمال الخيار لكلّ واحد مستقلا بل لا بدّ من اتّفاقهم على الفسخ و الإجازه إلّا أن يرضى الطّرف

بالتّبعّض أو اشترط عليه المورّث أى جعل لنفسه خيار الفسخ فى البعض و إلّا فالورثه ملزمون بعدم التّشقيص قضيّه للشّرط الضّمنى المقتضى للنّفوذ وضعا و ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جواز الفسخ لبعض الورثه غايته ثبوت خيار التّبعض لمن عليه الخيار مبنيّ على عدم اقتضاء الشّرط الوضع و النّفوذ و هو خلاف التحقيق و مناف لمختاره أيضا إلّا أن يقال إنّ العقد باعتبار تعدّد الورثه ينحل إلى عقود و التّعدد الطّارى كالتّعدد الابتدائى و لكن سيجى ء فى آخر البحث فساده

و أمّا الثّالث و هو استحقاق مجموع الورثه لجميع الخيار بأن لا يتعدّد الحقّ و لا المستحقّ الّذى لازمه عدم جواز الفسخ و لا الإجازه من البعض فمبنيّ على ما أفاده قدّس سرّه من الفرق بين إرث الحقّ و المال و إن كان دليلهما واحد و هو أنّ المال قابل للتّجزيه فيقسم على حسب السّهام و الحقّ أمر بسيط غير قابل للتّجزيه فيشتركون فيه

و فيه أنّ عدم قابليّته للتجزيه مبنيّ على أن يكون من الحقوق الموضوعيّه التى مطلوبيتها عند العقلاء باعتبار أنفسها لا باعتبار كونها طريقا للتّوصل إلى المال و قد تقدّم أنّه طريق لاستجلاب المال و استرداد المنتقل عنه بالفسخ و إبقاء المنتقل إليه بالإجازه فلا مانع من تجزيته بتجزيه الأموال بل لا محيص عن ذلك لما عرفت من أنّ حقيقته هى سلطنه أحد المتعاقدين أو كليهما على التزام نفسه بكون المنتقل عنه فى ملك صاحبه و التزام صاحبه بكون المنتقل إليه فى ملكه و أحد الالتزامين يملكه بالعقد و الآخر بالجعل الشّرعى أو المالكى بحيث لو لم يكن هذا الجعل كان كلّ واحد من الورثه ملزما بما التزم به المورّث و لا شبهه أنّ لزوم التزامه بما التزم به المورث إنّما هو بمقدار حصّته من المال و لا وجه لأن يلتزم بما فى يد سائر الورثه فإذا كان وجوب التزامه بمقدار نصيبه من المال فكذلك سلطنته على الالتزام أيضا بمقدار نصيبه من المال و هذا ينتج الوجه الثّانى

و أمّا الوجه الرّابع و هو قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه فمبنيّ على أن يكون إرث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود و حيث إنّ صرف الوجود قائم بكلّ واحد من الورثه فكلّ من بادر إلى إعمال الحقّ فسخا كان أو إجازه ينفذ فى حقّ الجميع و لا عبره بما يقع متأخّرا

و فيه أنّ المتبادر من أدلّه الإرث كون الحكم شموليّا لأنّ البدليّه و قيام الطّبيعه بفرد ما و بصرف الوجود يتوقّف على مئونه زائده فى مقام الثبوت و الإثبات فلو جى ء بتنوين التّنكير كما فى قوله جئنى برجل أو تعلّق الأمر بالطّبيعه كقوله صلّ فلازمه كفايه الفرد فى مقام الامتثال أمّا التنوين فلأنّها وضعت لإفاده الفرد المنتشر و أمّا الأمر فلأنّ المادّه و إن كانت مجرّده عن الطّبيعه و الفرد إلّا أنّ الهيئه حيث دلّت على طلب الطّبيعه و طرد العدم فبمجرّد وجود الطّبيعه و بأوّل وجودها و أمّا لو جعلت الطّبيعه موضوعا للحكم كما فى قوله لا تشرب الخمر و ما تركه الميّت فلوارثه فظاهر الخطاب يقتضى أن يكون كلّ فرد من أفراد الطّبيعه موضوعا للحكم مستقلّا

و بالجمله ما أفاده قدّس سرّه من قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطّبيعه فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا و إن كان تحقيقا دقيقا و لازمه وحده الحقّ و المستحقّ بقيام الحقّ الواحد بصرف الوجود من الوارث و ينتج نفوذ إعمال الحقّ من كلّ من بادر إليه و صحّه قيامه بالمجموع فسخا أو إجازه من حيث كونه مصداقا للقدر الجامع لا بما هم هم و كونه كالفسخ و الإمضاء من ذى الخيار بتصرّف واحد لو اختلفوا فى الفسخ

و الإمضاء مقارنا إلّا أنّه يرد عليه أوّلا أنّ عنوان الوارث ليس عنوانا واقعيّا ثابتا لهم حتّى يمكن أن يكون الخيار قائما بصرف الوجود منه بل عنوان انتزاعيّ من نفس دليل الإرث فموضوع الحكم ليس إلّا الأشخاص و إطلاق الوارث عليهم إنّما هو من قبيل من قتل قتيلا فله سلبه

و ثانيا لو كان مراده قدّس سرّه من الطّبيعه الجامعه هى الإضافه الخاصّه الّتى بينهم و بين المورث الّتى بها ينتقل ماله إليهم لا إلى غيرهم لا ما هو ظاهر كلامه من كونها عنوان الوراثه فظاهر الأدلّه لا يساعد على ذلک لوضوح أن كيفيّه الاستحقاق بالنّسبه إلى الأموال و الحقوق على نهج واحد و لا شبهه أنّ المال يرثه الأشخاص على سبيل العام الاستغراقى لا المجموعى بكلا معنييه

فالوجه الثّالث و الرّابع ممّا لا دليل عليه و إن لم يمتنع ثبوتا كما اعترف به قدّس سرّه بالنّسبه إلى الوجه الرّابع و أمّا الوجه الأوّل فقد عرفت امتناعه ثبوتا فانحصر الوجه الصّحيح فى الوجه الثّانى و قد عرفت أنّه يشترک مع الوجه الثّالث فى أنّ نفوذ الفسخ و الإمضاء يتوقّف على اتّفاقهم غايه الفرق بينهما أنّ عدم نفوذ الفسخ أو الإجازه من البعض فى الوجه الثّالث إنّما هو لعدم المقتضى و أمّا فى الوجه الثّانى فلوجود المانع و هو تبعّض الصّفقه على طرف الميّت

نعم لو قلنا بأنّ التعدّد الطّارى من قبل الوراثه كالتّعدد الابتدائى فلا مانع من إعمال كلّ منهم حقّه مستقلا فالصّواب تنقيح هذا المعنى الّذى دار فى ألسنه الأعلام و تنقيحه يتوقّف على بيان الفرق بين قولهم فى بعض الموارد إنّ العقد واحد لا يتبعّض و قولهم إنّ العقد ينحلّ إلى عقود متعدّده

فنقول مورد الأوّل هو العقد الصّادر من واحد المتعلّق بشى ء واحد كما لو بيع حيوان أو المتعلّق بشيئين متّفقى الحكم كما لو بيع حيوانان فإنّه لا يجوز للمشترى الفسخ فى البعض و الإمضاء فى غيره لأنّ الالتزام الواحد لا يقبل التّبعيض و التّفرقه بين أجزاء المنشإ من النّصف و الثّلث و الرّبع تنافى الشّرط الضّمنى الّذى بناء المتعاقدين عليه و هو مقابله مجموع المبيع لمجموع الثّمن و لذا لو كان المبيع مشتركا بين مالكين و لم يعلم به المشترى لو فسخ أحدهما يثبت خيار تبعّض الصّفقه للمشترى

و مورد الثّانى هو الجمع بين مختلفى الحكم فى عقد واحد سواء كان منشأ الاختلاف الاختلاف فى المالكين كما لو جمع بين ملک نفسه و ملک غيره فى المبيع أو فى اللّزوم و الجواز كما لو جمع بين الحيوان و غيره أو فى الصّحه و الفساد كالجمع بين الشّاه و الخنزير فإنّ الإنشاء و إن كان واحدا فى هذه الموارد إلّا أنّه حيث جمع بين المختلفات فينحل منشؤه و التزامه إلى متعدّد فيتبع كلّ واحد حكمه إذا كان المشترى عالما بذلک و ذلک واضح لأنّه إذا كان المالک متعدّدا مثلا فلا معنى لالتزام كلّ منهم بكون المبيع بتمامه باقيا فى ملک المشترى لأنّه لا معنى لالتزامه بما هو من وظيفه شريكه إلّا إذا كان وكيلا مفوّضا عنه

إذا عرفت ذلک فنقول أصل تعدّد الحق بموت المورّث لا ينبغى الشّبهه فيه فإنّه لا ينافى ذلک كون الحقّ واحدا فى ابتداء العقد فإنّ مناط انحلال العقد إلى العقود المتعدّده موجود فى المقام و هو عدم إمكان التزام كلّ واحد من الورثه بالنسبه إلى نصيب الآخر

و طرو التعدّد على العقد الواحد ليس بعزيز كما لو تلف بعض المبيع قبل القبض أو فى زمان الخيار أو خرج بعضه عن الماليه

كما إذا صار الخل خمرا إلّا أنّ مجرّد تعـدّد العقد و انحلاله إلى العقود لا يؤثّر فى جواز الفسخ بالنّسـبه إلى كلّ واحد من الورثه لأنّ مالكيّه الطّرف لالتزام المورث تقتضى عدم تسلّط كلّ منهم بمقدار

نصيبه بل يتوقّف فسخهم و إجازتهم على اتّفاقهم مثل الوجه الثّالث إلّا أنّ الفرق بينهما أنّه على الوجه الثّانى يجوز لكلّ واحد من الورثه الإجازه دون الثالث لأنّها تدور مدار رضا الطّرف فلو رضى بها فقد أسقط حقّه و هكذا لو رضى بالتّشقيص يجوز لكلّ واحد فسخ البيع بالنّسبه إلى حقّه دون الوجه الثّالث لأنّه لو كان الحقّ قائما بالمجموع فرضا الطّرف لا يفيد جواز إعمال الخيار لكلّ واحد و أمّا لو كان الحقّ لكلّ واحد منهم مستقلّا بمقدار نصيبه فرضا الطّرف يؤثّر فى صحّه إعمال الحقّ لكلّ واحد

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ التّعدد الطّارى ليس كالتّعدد الابتدائى و هذا النّزاع يجرى فى مثل الرّهن و الشّفعه و نحوهما و أنّه فرق بين ما كان الرّاهن متعدّدا ابتداء و بين ما إذا عرض التّعدد كما لو تعدّد ورثه الرّاهن أو المرتهن فإنّ تعدّد الوارث و إن أوجب تعدّد الحقّ بمقدار نصيبه من المال إلّا أنّ إعماله يتوقّف على اتّفاقهم هذا تمام الكلام فى أصل المسأله و أمّا كلمات الأساطين فقابله للحمل على المختار و على ما اختاره المصنف من الوجه الثّالث بل ظاهر عباره القواعد و الدّروس و المسالك أنّ المانع من إعمال الخيار هو تبعّض الصّفقه على المشترى لا قيام الخيار بالمجموع

نعم عباره الإيضاح موهمه لذلك فإنّ قوله قدّس سرّه فى توجيه المنع بأنّه لم يكن لمورّثهم إلّا خيار واحد ظاهر فى أنّ الخيار الثّابت للورثه خيار واحد قائم بالمجموع و لكنّه بعد التّأمّل فى كلامه يظهر أنّ مقصوده أنّ التّعدد الطّارى ليس كالتّعدد الابتدائى

و ما ذكره قدّس سرّه فى توجيه كلام العلّامه فى اعتبار توافق الورثه فى إعمال خيار العيب من

قوله قدّس سرّه إنّ المراد بوجود التّوافق وجوبه الشّرطى و معناه عدم نفوذ التّخالف و لا ريب أنّ عدم نفوذ التّخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازه من أحدهم مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته و هو المطلوب

لا يخفى ما فيه فإن عدم نفوذ فسخ صاحبه مع عدم إجازه الشّريك الآخر هذا الفسخ مرجعه إلى عدم نفوذ إجازه بعضهم مع فسخ الآخر لأنّ مقتضى اعتبار التّوافق أن يكون الفسخ و الإمضاء كلاهما بالاتّفاق فلا يمكن أن تكون الإجازه من أحدهم نافذه دون فسخه فمراد العلّامه من اعتبار التّوافق أنّه لولاه لزم التّقرير و كذا ما استظهره من عباره العلّامه لترث من الثّمن و هو

قوله إنّ هذا الكلام قد يدلّ على أنّ فسخ الزّوجه فقط كاف فى استرجاع تمام الثّمن إلى آخره

لا يخفى ما فيه فإنّ قول العلّامه لترث من الثّمن حيث وقع بعد قوله الخيار موروث بالحصص ظاهر فى استقلال كلّ واحد من الورثه فى مقدار حصّته من المال لا فى استقلال كلّ واحد فى استرجاع تمام الثّمن

[فرع إذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورّثهم]

قوله قدّس سرّه فرع إذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورّثهم إلى آخره

لا يخفى أنّ ما ذكره من التّفصيل بين ما كان للميّت مال و ما لم يكن و ما أفاده من التّقابل بين ثبوت حقّ انحلال العقد للورثه و

قيامهم مقام الميّت ممّا ينافى ما اختاره فى غير المقام

و توضيح ذلك أنّه قد تقدّم أنّ حقيقه الإرث هى تبدّل المالك أو المستحقّ لا تبدّل الملك أو الحقّ ففى إرث الحقّ تنحلّ الإضافه الّتى أحد طرفها قائمه بالحق طرفها الآخر بالمستحق من طرف المستحقّ و تقوم بشخص آخر مع بقاء الحقّ على ماله و هكذا فى إرث المال و هذا بخلاف البيع فإنّ فيه يتبدّل الملك لا المالك فإذا كان ذلك حقيقه الإرث فيتفرّع عليه أمور

الأوّل أنّه لا بدّ أن ينتقل إلى الوارث حقّ حلّ العقد

و إقراره لا ـ التّملک و التّملیک فـإنّ حقّ الخیار المنتقل إلی الوارث بأدلّه الإرث لا یمکن أن یتغیّر عمّا هو علیه بسـبب الإرث و المفروض أنّ ما کان للمورّث هو حقّ حلّ العقـد و إقراره لا التّملک و التّملیک و لذا صار إرث الزّوجه الخیار المتعلّق بما تحرم عنه محلّا للخلاف و لو کان الخیار عباره عن التّملک و التّملیک لم یکن وجه للإشکال بانتقاله إلی الزّوجه فإنّ تملّک الزّوجه الأرض و إعطاء الثّمن من مالها غیر قابل للمناقشه فیه

الثّانی أنّه لا بـدّ أن لا یکون حقّ الخیار للورثه کحقّ الشّفعه لهم بأن یعطوا الثمن من مالهم و یتملّکوا المثمن بل لا بـدّ أن ینتقل المثمن بفسخهم إلی المورّث و یردّ الثّمن إلی المفسوخ علیه لو کان باقیا و بـدله لو کان تالفا و کان للمیّت مال و لو لم یکن له مـال یبقی فی ذمّته و هـذا التّفصیل إنّمـا یتفرّع علی کون الخیـار ملـک إقرار العقـد و حلّه و أمّـا إن کـان عبـاره عن التّملـک و التّملیـک فلا ـ وجه للفرق بین کون الثّمن باقیـا فی ملـک المیّت أو تالفا و لا فرق فی صوره التّلف بین أن یکون علی المیّت دین مسـتغرق أو لا ـ و بین أن یکون للمیّت مال أو لا لأنّ فی جمیع الصّور للورثه أن یعطوا الثّمن من مالهم و یتملّکوا المثمن کما فی الشّفعه

الثالث أنّه لا یمکن أن یکون حقّ الفسخ مقابلا لقیام الورثه مقام المیّت لأن قیامهم مقامه بأدلّه الإرث هو الّذی اقتضی ثبوت حقّ الفسـخ لهم و أدلّه الإرث لا ـ تجعـل طرف الإضـافه للورثه إلّا علی نحو کان المورّث علیه و لا نثبت لهم حقّا آخر من غیر فسـخ الحقّ الثّابت للمورث

و بـالجمله و إن کـان بین الـورثه و الأولیـاء و الوکلاء فرق فإنّهمـا من قبیـل النّـائب عن ذی الحقّ فی الاستیفـاء و لا ـ یرجـع أثر الاستیفـاء إلیهما و أمّا الورثه فهم نفس المیّت إلّا أنّ هـذا الفرق لا یقتضـی جعل ملک الفسـخ و الإقرار مقابلا لقیام الوارث مقام المیّت فإذا کان ملک الفسخ و الإقرار ثابتا للوارث فلو فسخ یرجع کلّ عوض إلی محلّه الّذی خرج عنه فیرجع المنتقل عن المیّت إلیه و لو لم یکن له مال تشتغل ذمّته ببدل ما انتقل إلیه

نعم للطّرف أن یحبس المال المنتقل إلیه حتّی یستوفی دینه من المیّت و لو کان علیه دین مستغرق فللطّرف حقّ الأولویّه بالنّسبه إلی المـال المردود من سـائر الغرمـاء و لو کانت قیمته أزیـد عمّا یسـتحقّه الطّرف بعـد الفسـخ یرد الزائـد إلی الغرماء و لو کانت أنقص یضرب مع الغرماء و لا وجه لرجوع المال إلی الوارث و اشتغال ذمّته بعوضه لو لم یکن له مال

و حاصل الکلام أنّ الفسـخ ضدّ البیع الواقع أولا و لیس بیعا جدیدا و تملکا و تملیکا و لذا وقع النزاع فی الإقاله بأنّها بیع أو فسـخ فإذا کان ضدا للبیع الواقع أولا فلو ارتفع البیع بالفسخ فلا محاله یرجع کلّ مال إلی مالکه الأصـلی و منه إلی الورثه و لا وجه لأن یرجع إلی مالکه الفعلی إلّا من حیث کونه قائما مقام المالک الأصـلی لا من حیث إنّه مالک له فعلا و لذا لو وقع العقد ثانیا علی أحد العوضـین أو کلیهما ثم طرأ فسخ أو انفساخ لا یرجع العوضان إلی مالکهما الفعلی بل یرجعان إلی مالکهما الأصلی و یرجع المالک الأصلیّ إلی النّاقل بالمثل أو القیمه و هکذا لو رجعت الأرض المنتقله عن المیّت بالفسخ لا ترث منها الزّوجه و لو کانت راجعه إلی المالک الفعلی للثّمن لکانت الزّوجه مثل سائر الورثه لأنّ الرّجوع إلیها کذلک مثل شرائها الأرض فهو یملکها

الرابع لا وجه لانتقال ما يرجع بالفسخ إلى الفاسخ وحده و لو قلنا بجواز إعمال حقّ القياس لكلّ واحد منهم مستقلّا لما

عرفت من أنّ إرث الخيار ليس كإرث حقّ الشّفعه و التملّك الجديد فلا بدّ أن يرجع المال إلى جميع الورثه لأن بفسخ أحدهم يبطل العقد و يرجع من حين الفسخ كل مال إلى مالكه الأصلى

و ما أفاده قدّس سرّه فى

قوله و من هنا جرت السّيره بأن ورثه البائع ببيع خيار ردّ الثمن يردون مثل الثّمن من أموالهم إلى آخره

لا شهاده فيه على أنّ بالفسخ ينتقل تمام المال إلى الفاسخ و أن حقّ حلّ العقد و إقراره مقابل لقيام الوارث مقام المورث و أنّ الفسخ يقتضى رجوع المال إلى المالك الفعلى لا الأصلى لأن وجه جريان السّيره كذلك غير معلوم فيحتمل أن يكون ردّهم مثل الثّمن من أموالهم لا- لكونهم مالكين فعلا- بل لأنّ الفسخ يقتضى رجوع المبيع إلى ملك المورّث فتشتغل ذمته بالثمن المنتقل إليه فللورثه بل لكلّ أحد أداء دينه

نعم لو جرت السّيره بعدم أداء سائر ديون الميّت من المبيع و عدم كونهم ملزمين بذلك لكشف عن عدم انتقال المبيع إلى ملك الميّت بل ينتقل إليهم بما هم مالكون فعلا فيكون نظير حق الشّفعه و قيام السيره كذلك ممنوع بل الظّاهر عدم التزام أحد بذلك مع أنّه لو ثبت ذلك أيضا بالسيره فغايه الأمر أن إرث الخيار المشروط بردّ مثل الثمن يخرج عن إرث سائر الخيارات و يكون هو بالخصوص عباره عن ملك أن يملك كالشفعه و لازم ذلك أنّه لو اشترى أحد الورثه سهم البقيّه ثم طرأ فسخ أو انفساخ أن يرجع جميع ما انتقل عن الميّت إلى الوارث المشترى و الظّاهر عدم التزام الفقهاء به أيضا

و كيف كان فقد تقدّم من المصنف قدّس سرّه فى أوّل الخيار أنّه عباره عن ملك حلّ العقد و عدمه و ليس عباره عن ملك أن يملك كحقّ الشّفعه نعم يمكن أن يكون خصوص الخيار المشروط بردّ مثل الثّمن واسطه بين حقّ الشّفعه و ملك الفسخ و إقراره بأن يكون بالنّسبه إلى الرّد مثل الشّفعه فلا يعتبر فيه إخراج الثّمن أو مثله عن ملك الميّت بحيث لو كان الثّمن موجودا لا يجب على الورثه ردّ عينيه بل لهم أن يردوا مثله من أموالهم و أن يكون بالنّسبه إلى رجوع ما انتقل عن الميّت مثل سائر الخيارات فيرجع إلى ملك الميّت و يرثه الورثه أو يؤدّى منه ديونه لو كان عليه دين و منشأ هذا الاحتمال هو ما عرفت أنّ بناء هذه المعامله على إتلاف الثّمن فلا يشترط ردّ نفس الثّمن و ليس نظر المشترى أيضا إلى الثّمن المنتقل عنه بخصوصيّه بل غرضه أن لا يتلف ماله فإذا أخذ منه المبيع بفسخ أحد الورثه فله مثل الثّمن و لو من ملك الفاسخ نهايه الأمر حيث إنّ الفاسخ دفعه من ماله فله حبس المثمن ليستوفى ماله من الورثه و أمّا انتقال المبيع إلى خصوص الفاسخ فلا وجه له

[مسأله لو كان الخيار لأجنبىّ و مات]

قوله قدّس سرّه مسأله لو كان الخيار لأجنبىّ و مات إلى آخره

لا- يخفى أنّ مقتضى ما ذكرناه من الضّابط بين الحقوق الّتى يرثها الوارث و الّتى لا يرثها أن لا يكون الخيار المجعول للأجنبى ممّا يرثه وارثه لأنّه ليس له غير نفس الإضافه و هى السّلطنه على الفسخ و الإمضاء من دون أن يستجلب بها نفعا من مال أو حقّ

فبموته يسقط هذا الحقّ و لا وجه أيضا لأن ينتقل بالوراثه إلى جاعل هذا الحقّ له لأنّه ليس وارثا للأجنبى وارث المال أو الحقّ لأولى الأرحام لا لغيرهم

نعم من غير عنوان الإرث يمكن أن يكون له كما إذا كان الحقّ لكلّ منهما مستقلا و إنّما فوض أمر إعماله إلى الأجنبى فإذا مات يبقى أصل الحقّ له و قد تقدّم فى خيار المجلس توجيه ما أفاده العلّامه من انتقال حقّ الخيار من الوكيل إلى الموكّل

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتّصرف]

قوله قدّس سرّه و من أحكام الخيار سقوطه بالتّصرف إلى آخره

قد تقدّم مرارا أنّ كلّ فعل خارجى يكون مصداقا لعنوان من عناوين العقود و الإيقاعات بحيث يحمل

علیه بالحمل الشّائع الصّناعی یوجد به هذا العنوان کما یوجد بالقول إلّا أن یدلّ دلیل تعبّدی علی اعتبار اللّفظ و قد تقدّم فی باب المعاطاه أنّ قوله ع إنّما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام لیس ناظرا إلی ذلک و لم ینعقد إجماع علیه أیضا

نعم أصل الصّغری و أن أی عنوان یکون الفعل مصداقا له و أیّ عنوان لا یکون مصداقا له مطلب آخر لا بدّ من إحرازه و قد تقدّم أنّ النکاح و الضّمان و الصّلح فی العقود و الطّلاق و العتق فی الإیقاعات لا یکون الفعل مصداقا لها و أمّا الإجازه و الفسخ فلا شبهه فی وقوعهما بالفعل و لذا اشتهر بین الفقهاء أنّ کلّ تصرّف ورد فی المنتقل إلیه إجازه و کل تصرف ورد فی المنتقل عنه فسخ بقیود ثلاثه الأوّل کونه تصرفا مالکیّا الثّانی أن لا یکون للامتحان و الاختبار الثّالث أن یکون المتصرف ملتفتا إلی کون المتصرف فیه محلّا للخیار و وجه اعتبار هذه القیود واضح لأنّه لو انتفی واحد منها لا یکون التصرّف مصداقا للفسخ أو الإجازه

و قد تقدّم أیضا أنّه لو کان الفعل مصداقا لعنوان فقصد الفعل کاف فی تحقّق العنوان به و إن لم یقصد بإیجاده ذاک العنوان بل بعض العناوین یتحقّق بنفس قصد الفعل و إن قصد عنوان الخلاف کالتصرّفات المالکیّه فی المنتقل إلیه فإنّه لو قصد عنوان الغصب بها تقع إجازه و إن أبیت عن ذلک فلا شبهه أنّ وطی المطلّقه الرجعیّه رجوع و إن قصد الزّنا و علی أی حال لو قصد الفعل و لم یقصد الخلاف یقع العنوان به و لا وجه لاعتبار قصد العنوان حتی یحرز تحقّقه من حمل فعل المسلم علی الصّحه مع أن إحرازه بهذه القاعده فی غایه الإشکال لأنّها لیست أماره علی ما هو الحقّ تبعا لما اختاره المصنف فی الأصول

[مسأله هل الفسخ یحصل بنفس التصرّف أو یحصل قبله]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله هل الفسخ یحصل بنفس التصرّف أو یحصل قبله إلی آخره

لا یخفی أنّه لا بدّ أوّلا من بیان المحذور الّذی یرد فی تصرّف ذی الخیار فیما انتقل عنه ثم الدفع عنه فنقول إنّ المحذور تاره یقرّر فی الوضعیّات و أخری فی التّکلیفیات أمّا الوضعیّات فحاصله أنّه لو باع ذو الخیار ما انتقل عنه فتتوقّف صحّه بیعه علی کونه ملکا له قبل البیع و کونه ملکا له قبل البیع و کونه مالکا له یتوقّف علی أن یکون قوله للمشتری بعتک فسخا و کونه فسخا متوقّف علی کونه بیعا فالبیع یتوقف علی الملک و الملک علی الفسخ و الفسخ علی البیع و یلزم أیضا اجتماع العلّه و المعلول فی رتبه واحده لأنّ البیع معلول للملک و الملک معلول للتّصرف فمن التصرّف یحصل تملک الفاسخ و تملّک المشتری المترتّب علی ملکیّه الفاسخ و أمّا التکلیفیّات فلأنّ البیع و الوطی و نحوه محرّم علی غیر المالک فبالوطی مثلا یتحقّق الملک و الحلیّه المترتبه علیه فی رتبه واحده

و أمّا الدفع فمن وجوه أربعه الأوّل أن تکون إراده التصرّف مملّکه و هذا الوجه إن صحّ یرتفع به جمیع الإشکالات حتی فی الوطی لأنّه یقع بعد تحقّق الملک إلّا أنّه قد تقدّم مرارا أنّ الفسخ و الإجازه من الإیقاعات و هی لا تحصل بمجرد الکراهه الباطنیّه و الرّضا القلبی الثّانی أنّ الفسخ یحصل بأوّل جزء من الفعل أو القول و نفوذ التصرّف یحصل بباقی الأجزاء و هذا یتمّ فی

البيع لا ـ الوطى فـإنّ الجزء الأوّل يقع محرّما الثّالث أنّ الفسـخ و البيع يحصـلان معا بنفس التصـرّف إلّا أنّ الأوّل مقـدم رتبه على الثّـانى و هـذا الوجه و إن اختـاره جمله من الأسـاطين إلّـا أنّه لا يخلو من إشـكال كما سنشـير إليه الرّابع أن التصـرف تاره بالعقد النّاقل و أخرى بالمعاطاه فإذا كان بالعقد فالفسخ يحصل بالإنشاء و البيع بالمنشإ و إن كان بالمعاطاه

فالفسخ يحصل بالأخذ من المنتقل إليه و البيع بالإعطاء للمشترى

نعم لا يجرى هذا فى التّعاطى من طرف واحد و على أىّ حال فأصحّ الوجوه فى الجواب عن الإشكال فى الوضعيّات هو الأخير و تقريبه يظهر ممّا تقدّم فى المعاطاه من تقدير الملک آنا ما فيما يقتضى الجمع بين الأدلّه ذلک ففى المقام يقدر الملک آنا ما للفاسخ ثمّ ينتقل إلى المشترى و تقدير الملک و إن توقّف على الدّليل إلّا أنّ دليله فى المقام كون الفعل بنفسه مصداقا للفسخ بالحمل الشّائع الصّناعى و حيث إنّ إنشاءه القولى فعل من أفعاله فبقوله بعت ينفسخ العقد و يملک ما انتقل عنه من حيث الإنشاء و ينتقل إلى المشترى من حيث أثر القول و مرتبه الأثر متأخّره عن مرتبه أصل القول

نعم لو اعتبر فى الانتقال إلى الغير كون العقد واقعا فى ملک النّاقل لزم المحذور لأنّ الملكيّه تحصل بنفس العقد و أمّا لو اعتبرت الملكيّه فى السّبب الّذى مرتبته متأخّره عن السّبب فلا محذور

و بالجمله بناء على ما هو الحقّ من اعتبار وقوع المنشإ فى الملک لا الإنشاء و لذا لا تعدّ الملكيّه من شروط العقد بل تعدّ من شروط العوضين فالفسخ يحصل بذات الإنشاء و الانتقال إلى المشترى يحصل بأثره و لذا لو عقد فاسدا يتحقّق به الفسخ أيضا لأنّه يحصل بالإنشاء لا بالمنشإ و أمّا فى التكليفيّات فالإشكال أصلا غير وارد لأنّ حليّه الوطى مثلا لا تتوقّف على ملک الرقبه بل على سلطنه الواطئ و لذا يجوز بالتّحليل و التّزويج فلو كان لذى الخيار السّلطنه عليه بالوطى حلال له و به يفسخ المعامله من حيث كونه مصداقا للفسخ

نعم لقائل المنع عن ثبوت هذه السّلطنه له فى ملک غيره و أمّا لو سلم عموم معقد الإجماع بجواز تصرّف ذى الخيار فيما انتقل عنه لكلّ تصرّف حتّى الوطى و الأكل و الشّرب و البيع و نحو ذلک من الإتلاف الحقيقى و الحكمى فلا وجه لتفصيله بين نفوذه وضعا و حرمته تكليفا لامتناع كون طرفى الفعل تحت سلطنه الفاعل وضعا و خروج أحد طرفيه عن تحت سلطنته تكليفا و قد ذكرنا فى الإجاره على الواجبات بيان الملازمه و أوضحنا أنّ الملازمه ثابته فى العكس أيضا أى إذا كان الشّى ء واجبا أو حراما تكليفا لا يمكن أن يكون التصرّف فيه نافذا وضعا

و يمكن أن يكون نظر صاحب الجواهر قدّس سرّه فى قوله إنّ الرّجوع من حقوق المطلق إلى ما ذكرناه أى لا يعتبر فى حليه الوطى أن تكون الموطوءه زوجه قبل الوطى لأنّه يكفى فى سلطنته على الوطى كونه من حقوق الزّوجيّه و هذا التّوجيه و إن لم يكن له محلّ فى الرّجوع فى زمان العدّه لعدم خروج المطلّقه الرّجعيه عن الزّوجيه إلّا أنّه وجيه بنفسه

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ التّفصيل بين رهن ذى الخيار و عقد الواهب لا وجه له فإنّه إن تحقّق الفسخ بنفس عقد الرّهن يتحقّق له رجوع الواهب بالعقد على العين الموهوبه أيضا فإن الحكم فى الهبه و الخيار واحد

قوله قدّس سرّه و أجاب الشّهيد عن الثّانى بمنع الدّور التّوقفى و أنّ الدّور معى

لا يخفى أنّ الدّور المعى فى المقام لا يرجع إلى محصّل لأنّه عباره عمّا كان الأثر الحاصل مستندا إلى مجموع الشّيئين من دون

توقّف أحدهما على الآخر كالهيئه الحاصله من اعتماد لبنه على أخرى و فى المقام لو كان الفسخ بالفعل متوقّفا على الملك قبله مع أنّ الملك متوقّف عليه فالدّور توقّفى لتوقّف الشّـى ء فى الوجود على ما يتوقّف عليه فالصّواب فى الجواب منع توقّف الفسخ على الملك قبله لا بمعنى

حصولهما معا و فرض الأوّل مقدما على الثّانى رتبه فإنّ التقدم الرّتبى إنّما يتصوّر فى الشّيئين المجتمعين زمانا مع كون أحدهما علّه للآخر و الإشكال فى المقام إنّما هو فى صحّه علّه الملك و هى الفسخ بل لما عرفت من أنّ الفسخ يحصل بالإنشاء فى التصرّف القولى فيملك الفاسخ آنا ما و ينتقل عن ملكه إلى الثّالث بأثر الإنشاء و هو متأخر رتبه عن الإنشاء و أمّا فى التصرّف الفعليّ كالوطى و نحوه فالإشكال غير وارد أصلا

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى

قوله و توهّم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كلّ ما يحصل به قولا كان أو فعلا فاسد إلى آخره

لا يستقيم لما عرفت من الملازمه بين الحليّه الوضعيّه و التكليفيّه فإذا جاز الفسخ بأدلّه الخيار جاز كل ما يحصل به قولا كان أو فعلا لما ظهر أنّه لا تدلّ أدلّه توقّف الوطى و البيع على الملك على اعتبار ملك الرّقبه بل الملك لغه و عرفا هو السّلطنه كما فى قوله عزّ من قائل بملكنا و لو سلّم فقوله ص لا بيع إلّا فى ملك قابل للتّخصيص فلا يقتضى الجمع بين أدلّه نفوذ التصرّف و هذا الدّليل الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرّف

نعم لو قيل بأنّ الجواز الوضعى لا ينافى الحرمه التكليفيّه تعيّن الالتزام بحصول الفسخ و الإجازه بالكراهه و الرّضا

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار]

قوله قدّس سرّه فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال أعتقتهما إلى آخره

لا يخفى أن عتق المشترى العبد و الجاريه بصيغه واحده تاره يقع فيما كان الخيار له و أخرى فيما كان للبائع و ثالثه فيما كان لهما

أمّا الصّوره الأولى فالأقوال فيها ثلاثه نفوذ عتق الجاريه لتقديم الفسخ على الإجازه فيما وقع التزاحم بينهما و نفوذ عتق العبد لأنّه ملكه دون الجاريه لأنّها ملك البائع و عتقها من المشترى يتوقّف على الملك المتوقف على الفسخ و فى رتبه تحقّق ملك الجاريه ينعتق العبد فلا يبقى مجال لانعتاق الجاريه و عدم نفوذهما أصلا و الأقوى هو الأخير لأنّ تقديم الفسخ على الإجازه الّذى هو مدرك القول الأوّل مورده ما كان الحقّ لمتعدّد فيؤثر الفسخ و إن كان متأخرا عن الإجازه لأن أثر الإجازه سقوط الحقّ من طرف المجيز لا مطلقا فللآخر إعمال حقّه بالفسخ

و أمّا مدرك القول الثّانى ففيه أنّ مقابل عتق الجاريه هو عتق العبد لا إجازه ذى الخيار فإنّ الإجازه تقابل الفسخ و كما أنّ عتق الجاريه متوقّف على الفسخ فكذلك عتق العبد يتوقّف على الإجازه فإنّه و إن كان مملوكا له فعلا إلّا أنّ نفوذ عتقه يتوقّف على إمضاء العقد و إمضاؤه يتوقّف على عدم كون عتق الجاريه فسخا كما فى العكس فإذا كان التوقّف من الطرفين فلا ينفذ كلاهما

و أمّا الثّانيه فعتقه العبد يتوقّف على نفوذ تصرّف من عليه الخيار فى متعلّق الخيار و أمّا عتقه الجاريه فلا ينفذ بلا إشكال لا من قبل نفسه لعدم كونه مالكا لها و لا من قبل ذى الخيار لبطلان الفضولى فى الإيقاعات و أمّا الثّالثه فبناء على نفوذ تصرّف من عليه الخيار فحكمها حكم الصوره الأولى فلا ينعتق كلاهما و أمّا بناء على عدم نفوذه فيصحّ عتق الجاريه لكونه فسخا من ذى الخيار و لا يصحّ عتق العبد لأنّه يوجب إبطال خيار البائع

[مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار]

اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار إلى آخره

قد تقدّم فى خيار الغبن فى ذيل عنوان تصرّف الغابن الأقوال فى المسأله و مدركها إجمالا و لكنّه لا بأس بإعادتها تبعا لما أفاده شيخنا الأستاذ مدّ ظلّه و توضيحا لما تقدم فنقول أمّهات الأقوال ثلاثه عدم جواز تصرّفه وضعا و تكليفا فلا ينفذ معاملاته و يحرم عليه إتلافه و جوازه مطلقا بحيث لو فسخ ذو الخيار يرجع إلى المثل أو القيمه و جوازه مطلقا إلّا أنّه لو فسخ يبطل إمّا من حين الفسخ

أو من أصله و لازم القول الأخير التّفصيل بين التصرّفات المتلفه و النّاقله فلا تجوز الأولى و تجوز الثّانيه و لازمه أيضا التّفصيل فى التصرّفات النّاقله بين العتق و غيره فلا ينفذ العتق و ينفذ غيره لأنّ بطلان تصرّفه بفسخ ذى الخيار لا يتصوّر فى الإتلاف الخارجىّ و الإتلاف الشّرعى لأنّ التّالف لا يمكن استرجاعه و الحرّ لا يمكن عوده رقّا فلو صحّ العتق نفذ مطلقا و لو لم ينفذ يجب أن لا يصحّ رأسا

ثم إنّه ربما يتوهّم ابتناء المسأله على حصول الملك بنفس العقد أو بانقضاء الخيار كما أنّه ربّما يتوهّم ابتناؤها على تعلّق الخيار بالعقد أو بالعين فعلى الأوّل من كلّ منهما يجوز تصرفاته مطلقا و على الأخير لا يجوز مطلقا

و لكنّك خبير بفساد كلا التوهمين أمّا الأوّل فلأنه لو قيل بما ينسب إلى الشّيخ و جماعه من توقّف الملك على انقضاء الخيار فلا بدّ من القول بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار مطلقا سواء كان منافيا للاسترداد أم لا و أن يكون تصرّفه منوطا بإذن ذى الخيار كما فى تصرّف الرّاهن فى العين المرهونه و لا بدّ أن يعلّل المنع بقوله ع لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه لا بما علّل به أكثر المانعين من أنّ تصرفه ينافى استرداد العين و أمّا الثانى فلأنّه و إن جعله مبنى القولين أو الأقوال جمله من الأساطين إلّا أنّه لا يمكن الالتزام به فإن تعلّق الخيار بالعين ابتداء لا وجه له لما ظهر سابقا أنّ الخيار سلطنه لذى الخيار على التزامه العقدى الّذى لو لم يكن له الخيار كان ملزما بالتزامه

و بعباره أخرى الخيار ملك فسخ العقد و إقراره و لا يتعلّق بالعين رأسا و لذا يصحّ إعماله فى صوره بقاء العين و تلفها فالأولى أن يقال إنّ الخيار و إن كان سلطنه على حلّ العقد و إبقائه إلّا أنّه يمكن أن يكون هذا المعنى طريقيّا أو موضوعيّا و على الطريقيّه يمكن أن يكون الغرض منه استرجاع المال بالأعم من العين أو المثل أو القيمه و أن يكون الغرض منه استرجاع نفس العين فلو كان موضوعيا صرفا يجوز تصرّف من عليه الخيار بجميع أنحاء التصرّفات كما لا يخفى إلّا أنّ ذلك باطل جدّا لأنّه لو كان هذا بنفسه من الاعتبارات العقلائيّه وجب إمّا أن ترثه الزّوجه مطلقا و أن يرثه وارث الأجنبىّ و إمّا أن لا يرثه الوارث أيضا لأنّ الاعتبار العقلائى تاره من قبيل الولايه أو القيمومه التى هى عباره عن نفس السّلطنه فهذا لا ينتقل إلى الغير و لو كان وارثا للمال

و أخرى اعتباره باعتبار متعلّقه فلا بدّ أن ينتقل إلى وارث ذى الحقّ و لو لم يكن وارثا للمال و بالجمله كون الخيار موضوعيّا صرفا لا وجه له فانحصر فى الوجهين على الطّريقيّه و مبنى الوجهين أنّه لو قلنا فى باب الضّمان بأنّ المدار فيه على قيمه يوم الأداء إمّا لبقاء العين التّالفه بخصوصيّتها الشّخصيّه فى عهده الضّامن أو بماليّتها الغير المتقدّره بالمقدار فلازمه أن يجب عليه حفظها ليتمكّن المضمون له عن استرجاع نفس العين فلا يجوز له التصرّفات المتلفه و النّاقله و يكون حفظها من قبيل المقدّمات الوجوديّه للواجب المطلق

و أمّا لو قلنا بأنّ المدار على قيمه يوم التّلف فلازمه أن يكون ماليّتها المتقدّره فى عهده الضّامن فيجوز له إتلافها و نقلها إلى الغير لأنّ ما فى ذمّه الضّامن هو القدر المشترك بين العين و المثل أو القيمه و يكون حفظا للعين من المقدّمات الوجوبيّه للواجب و حيث اخترنا فى مسأله الضّمان أنّ المدار على قيمه يوم الأداء فلا يجوز له التصرّفات المانعه عن الاسترداد بل فى الخيار

المشروط بردّ مثل الثّمن لا شبهه فى عدم جواز التصرّف المانع و إن قلنا بتعلّق الضّمان بالأعمّ لأنّ الغرض من جعل

الخيار نوعا هو ردّ نفس المبيع

لا يقال غايه ما يقتضيه الخيار مطلقا هو طريقيّته لجلب المال الّذى هو القدر الجامع بين العين و بدلها و لذا لا سقط بتلف العين بل ينتقل إلى البدل لأنّا نقول الّذى يمكن أن يكون الخيار وسيله إلى استرداده هو ما انتقل عن ذى الخيار إلى من لا خيار له و هو نفس العين و لذا لو طرأ الفسخ أو الانفساخ و كانت العين باقيه لا يصحّ ردّ المثل أو القيمه و ردهما عند التّلف إنّما هو لتعذّر ردّ العين و عدم موجب لسقوط الخيار فلا ملازمه بين الرّجوع إلى البدل مع التّلف و جواز الإتلاف

ثم بناء على ذلك هل يبطل التصرّفات النّاقله أصلا و لا تصحّ بالإجازه أو أن حكمها حكم الفضولى وجهان تقدّم مدركهما فى عقد الرّاهن و قلنا إنّه لا فرق فى الفضولى بين أن يكون العقد قاصرا من حيث المقتضى أو لوجود المانع و إذا صح عقد الرّاهن بإجازه المرتهن صحّ عقد من عليه الخيار بإجازه ذى الخيار لأنّ مرجع إجازته إلى إسقاط حقّه

ثمّ إنّه لو وقع عقود مترتّبه على المال فليس له استرداد العين إلّا بعد فسخ العقد الأوّل إلّا أن يكون الاسترداد فسخا فعليّا للأوّل و بالجمله فرق بين الإجازه و الفسخ فإنّ الإجازه مرجعها إلى إسقاط الحقّ فينفذ الجميع و أمّا فسخ العقد الثّانى مع عدم الفسخ الأوّل فلا معنى له

ثم إنّه قد ظهر فى خيار الغبن وجه حرمه الوطى إذا كان الاستيلاد مانعا عن إعمال الخيار و لو كان سبب الخيار مقدّما و قد ظهر أيضا حكم العقود الجائزه الواقعه من غير ذى الخيار و تقدّم أيضا أنّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جواز تصرفات من عليه الخيار مطلقا أقوى من المنع و لكن المسأله مشكله جدّا حيث إنّ المشهور على المنع و إن كان حقيقه الخيار لا تقتضى ذلك لما عرفت أنه فى صوره تلف العين و بقائها لا تختلف حقيقته فلا بدّ من أن يكون طريقا لاستجلاب المال الّذى هو القدر المشترك بين العين و المثل أو القيمه

قوله قدّس سرّه ثم إنّ المتيقّن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرّف على القول به هو زمان تحقّق الخيار فعلا إلى آخره

توضيح ذلك أن الخيار على أقسام ثلاثه لأنّه تاره فعلى منجز بلا توقّفه على شى ء أى متّصل بالعقد بلا شرط متأخّر شرعيا كان كخيارى المجلس و الحيوان أو جعليّا من المتعاقدين كشرط الخيار فى متن العقد مطلقا لهما أو لأحدهما

و أخرى متأخر بنفسه و بمنشئه كخيار التّفليس و خيار التأخير بناء على كونه تعبّديا و إمّا بناء على كونه ناشئا عن تخلّف الشّرط الضّمنى و هو التّسليم و التسلّم الّذى بناء المعامله عليه نوعا و إن أعمل فيه التعبّد من حيث تعيين الحد بالثّلاثه فحاله حال الغبن و العيب و الرّؤيه و سيجى ء حكمها و ثالثه واسطه بين الأوّلين كالخيار المشروط بردّ الثمن بعد سنه فإنّ شرط الخيار حاصل حين العقد و لكن زمان إعماله متأخّر ثم إنّه يظهر من جمله من الأساطين أن خيار العيب و الغبن و الرّؤيه كخيار التّفليس متأخر عن العقد بنفسها و بمنشئها لتوهّمهم ثبوتها بالتّعبد و اشتراط تحقق أصل الخيار شرعا بظهور العيب و الغبن و تخلّف الوصف فى مقابل القول بأنّ العلم بها كاشف عقلى

و لكنّك خبير بأنّ منشأ ثبوتها هو الشرط الضّمنى خصوصا فى خيار الرّؤيه المسبّب عن فقد الوصف المشترط فى العقد اعتمادا على الوصف أو المشاهده السّابقه فإن فقد الوصف الموجب للخيار حاصل حين العقد و العلم به و عدمه ليس له مدخليّه فى ذلك فقياس خيار الرّؤيه على خيار التأخير لا وجه له بل المصنف قدّس سرّه صرّح فى خيار الغبن بأنّ ثبوت الحقّ للمغبون قبل العلم

لا شبهه فيه و إن كان إعماله فعلا مشروطا به و مع هـذا فكيف ينفى الخلاف ظاهرا فى جواز تصرف من عليه الخيار فى الثّلاثه لتوقّف الخيار على أمر متأخّر من ظهور العيب أو الغبن أو تخلّف الوصف

إذا عرفت ذلك فنقول أمّا الخيار المتأخّر بنفسه و بسببه فلا ينبغى الإشكال فى جواز تصرّف من عليه الخيار فيما يتعلّق به وضعا و تكليفا قبل تحقّق سببه لكونه مالكا له ملكا طلقا و مجرّد تعلّق الحق به بعد ذلك لا يمنع عن تصرفات مالكه و ذلك واضح كما أفاده قدّس سرّه لاستلزام المنع عنه المنع عن التصرّف فى أحد العوضين قبل قبض الآخر من جهه كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض

كما لا ينبغى الإشكال فى المنع عن جواز التصرّف بناء على القول به فى زمان تحقّق الخيار فعلا كالمجلس و الثّلاثه فى الحيوان أو الزمان المشروط فيه الخيار و إمّا التصرّف فى زمان الخيار المشروط بأمر متأخر سواء كان وقتا كيوم الجمعه أو أمرا آخر كردّ مثل الثّمن ففيه إشكال و خلاف و الأقوى إلحاقه بالخيار المنجّز فإنّ المانع عن التصرّف على القول به هو تزلزل العقد و فعليّه حق ذى الخيار و هما حاصلان لأنّ نفس الشّرط الموجود حال العقد حق مالكى يجوز إسقاطه و إبقاؤه و التصرّف المتلف مناف له

و أمّا الخيارات الثّلاثه المسبّبه عن الشّرط الضّمنى فحيث إنّ الخيار حاصل حين العقد على ما هو الأقوى و لا مدخليّه لظهور الغبن و العيب و تخلّف الوصف فإلحاقها بالخيارات الثلاثه أى المجلس و الحيوان و الشّرط فى غايه الوضوح لو لا الإجماع على خلافه و الظّاهر عدم تحقّقه و إن ادّعى المصنف قدّس سرّه أنّ هذا النحو من الخيار غير مانع من التصرّف بلا خلاف ظاهرا

لأنّ عدم الخلاف لا يكشف عن الإجماع أمّا أوّلا فلذهاب جمله من الفقهاء جواز التصرّف فى متعلّق الخيار و لو فى خيار المجلس و نحوه و أمّا ثانيا فلذهاب جمله منهم إلى عدم تحقّق الخيار إلّا بعد العلم به و كون العلم شرطا شرعيا له فلم يبق إلّا قليل ممن يعترف بثبوت الخيار و كون العلم كاشفا عقليا و يلتزم بعدم جواز التصرّف فى زمان المجلس و نحوه و مع ذلك يختار جواز تصرف الغابن و نفوذه قبل ظهور الغبن و بهذا المقدار لا يتحقّق الإجماع

و على هذا فإلحاقه بالخيار المنجّز فعلا أقوى ثمّ إنّ جماعه من المانعين من جواز التصرّف جوّزوا وطى الأمه المتعلّقه لحقّ الخيار مع التزامهم بتقديم حقّ الاستيلاد و تفويته لحقّ الخيار و إن كان متأخرا عن سبب الخيار و ما يمكن أن يكون وجها لذلك أمران الأوّل أن المتيقّن من المنع هو التصرف المتلف فعلا لحقّ ذى الخيار و أمّا مجرّد كونه معرضا للفوات فلا دليل على المنع عنه الثّانى التمسّك باستصحاب عدم العلوق و عدم صيروره الموطوءه حبلى و لكن الأقوى هو المنع كما هو ظاهر المحكى عن التّذكره و الدّروس لأنّ متعلّق التّكليف فيما كان حصول الأثر متوقّفا على أمر خارج عن اختيار المكلّف هو نفس فعل المكلّف فيما يحرم عليه فى المقام هو الوطى لا حصول العلوق لكون فعل المكلّف بالنّسبه إليه معدّا فلا يصحّ إناطه التّكليف به فعلى هذا نفس الوطى تفويت لحقّ ذى الخيار إلا أنّه فى معرض ذلك و لا يقاس بالعرض على البيع فإنّه بنفسه ليس تفويتا بل المفوّت هو البيع و هو أمر اختيارىّ يمكن تركه بعد العرض على البيع و أمّا الاستصحاب فمضافا إلى كونه استقباليا ليس له حاله سابقه إلّا بالعدم المحمولىّ و الجواز مترتب على عدم كون هذا الوطى موجبا للحمل و هذا غير مسبوق بالعدم

[فرعان]

[الثّانى أنّه هل يجوز إجازه العين فى زمان الخيار]

قوله قدّس سرّه الثّانى

أنّه هل يجوز إجازه العين فى زمان الخيار إلى آخره

لاـ إشكال فى أنّه لو آجره من ذى الخيار أو بإذنه ففسخ لم تبطل الإجاره بل يمكن أن يقال إن استيجار ذى الخيار و إذنه فى الإجاره مسقطان لخياره فلا يبقى محلّ للفسخ

و كيف كان فلو لم نقل بذلك إلّا أنّه لا شبهه أن بعد إجارته منه أو من غيره بإذنه إذا فسخ لا تبطل الإجاره و تردّ العين إليه مسلوب المنفعه و بلا غرامه لأنّ الإذن فى تفويت المنفعه كالإذن فى إتلاف الأوصاف لا تكون عهدتها على المتلف

و بالجمله بعد الإذن فى الإجاره لا وجه لبطلانها بفسخ ذى الخيار و لا يقاس على إجاره البطن الأوّل من الموقوف عليه للفرق بينهما فإنّ البطن الثّانى يتلقّى الملك من الواقف فلا محاله ملكيّه البطن الأوّل موقته إذ لا يعقل أن يملك الواقف كلّ واحد من البطون ملكيّه تامّه مطلقه قابله للدّوام فإجاره البطن الأوّل تبطل بموته إلّا أن يكون متولّيا أيضا و هو أمر آخر و أمّا من عليه الخيار فيملك العين ملكيّه تامّه صالحه للدّوام و من نماء هذا الملك المنفعه الدّائمه

غايه الأمر أنّه متزلزل من حيث تعلّق حقّ ذى الخيار به فإذا أذن فى الإجاره فإذنه و إن لم يناف فسخه بالنّسبه إلى العين إلّا أنّه ينافى فسخ بالنّسبه إلى الإجاره و أمّا لو آجره بلا إذن منه فالظّاهر عدم الإشكال أيضا فى صحّه الإجاره إلى زمان الفسخ حتّى على القول ببطلان التصرّف من حينه بالفسخ لأنّه مختصّ بالتصرّف المنافى لاسترداد العين

و أما بالنسبه إلى ما بعد الفسخ فقولان بطلان الإجاره و صحّتها مع غرامه المؤجر المنفعه التّالفه فى مدّه الإجاره و احتمال عود العين مسلوب المنفعه باطل جدّا لأنّ المنافع المستوفاه فى الضّمان المعاوضى مضمونه على المستوفى أمّا وجه الصّحه فهو ما أفاده فى المتن من أنّه يكفى فى ملك المنفعه الدّائمه تحقّق الملك المتعدّده للدّوام لو لا الرّافع آنا ما هذا مضافا إلى قياسه على التّفاسخ بعد الإجاره فإنّه لا يلتزم أحد ببطلان الإجاره

و أمّا وجه البطلان فلتبعيّه ملك المنفعه لملك العين لا بالمعنى الّذى علله به المحقّق القمّى من أنّه علم بالفسخ أنّ المشترى لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أنّ الإجاره كانت متزلزله و مراعاه بالنسبه إلى فسخ البيع فإنّ هذا يستلزم التوقيت فى الملك الّذى لم يعهد فى الشّرع عدا باب الوقف على البطون بل بمعنى أنّه بناء على عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار تصرّفا يمنع عن الردّ فتصرفه بالإجاره نظير تصرّفه بالنّقل إلى الغير حيث إنّه لا يمكن مع بقاء العين الحيلوله بينها و بين المالك فمجرد عود الإضافه المالكيّه من دون رجوع آثار الملك من قدره المالك على القلب و الانقلاب لا أثر له

و بناء على جواز تصرّفه يمكن المنع فى المقام أيضا لمنافاته لتبعيّه المنافع للعين فإذا رجعت العين لا بدّ أن ترجع منافعها أيضا و لمنافاته لحقيقه الفسخ أيضا لأنّه يقتضى عود الملك إلى ما كان حين العقد و المفروض أنّه كان مع المنفعه و لمنافاته للتّسليم و التّسلم المشترط ضمنا فى متن العقد لأنّ العقد كما يقتضى التّسليم و التّسلم بعد العقد فكذلك يقتضيه بعد الفسخ بعكس ما يقتضيه حين العقد و صحّه الإجاره تستلزم عدم لزوم تسليم العين إلى الفاسخ لاستحقاق المستأجر أن تكون العين تحت استيلائه فيقتضى أن يستحق المؤجر أخذ ماله دون الفاسخ و قياس الفسخ على الإقاله إمّا مع الفارق و إمّا أنّ الحكم فى المقيس عليه

حکم المقیس لأنّهما لو أقالا- مع علمهما بالإجاره فالتزما بکون العین فی ید المستأجر و أمّا لو آجر أحدهما ما انتقل إلیه ثمّ استقل الآخر مع جهله فلا وجه لصحّه الإقاله و صبر المقیل إلی انقضاء مدّه الإجاره

بل لا بدّ إمّا من بطلان الإجاره أو الإقاله أو ثبوت الخيار للمقيل الجاهل فما أفاده المصنف فى أوّل العنوان وجها لبطلان الإجاره من كونها إبطالا لتسلّط الفاسخ على أخذ العين هو الصّواب سواء قلنا بنفوذ التصرّفات النّاقله من غير ذى الخيار أو لم نقل لأنّ العين فى المقام باقيه فى ملك المؤجر فيؤثّر فسخ ذى الخيار بالنّسبه إليها و إذا عادت إليه فلا بدّ أن يكون مسلّطا عليها و هذا لا يجتمع مع صحّه الإجاره المقتضيه لاستحقاق المستأجر وضع اليد عليها

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّه لا إشكال فى نفوذ التصرّف بإذن ذى الخيار و أنّه يسقط خياره بهذا التصرّف إلى آخره

لا يخفى أنّ نفوذ تصرّفه بإذن ذى الخيار واضح جدّا لأنّه مالك للمال فعلا و المنع كان لتعلّق حقّ ذى الخيار به فإذا جاز ارتفع المنع إنّما الكلام فى سقوط خياره به مع أنّه لا منافاه بين الإذن فى التصرّف النّاقل بل الإتلاف و إراده الفسخ و أخذ البدل و المصنف جعل منشأ السّقوط أمرين الأوّل دلاله الإذن عرفا على الالتزام بالعقد و الثّانى أنّ التّصرف المأذون فيه تفويت لمحل هذا الحقّ

و لكنّك خبير بأن الوجه الأوّل لا يمكن الالتزام به كما أشرنا إليه فى خيار الغبن لأنّ الإذن لو كان دالا على إسقاط الحقّ لزم سقوطه و لو لم يتصرّف المأذون مع أنّه لا يلتزم به المصنف و لا يمكن الالتزام به فإنّه نظير إذن المرتهن فى بيع الرهن من أنّه لا يؤثر فى السّقوط ما لم يقع البيع من الرّاهن و يجوز رجوعه عن إذنه

نعم التّفصيل بين إذنه فى التصرّف للثّالث و لمن عليه الخيار فى محلّه فإن إذنه للثّالث كاشف عن الفسخ لأنّه لا معنى لأن يأذن غير المالك فى التصرّف فى المال فيجب حمله على الفسخ و أمّا إذنه لمن عليه الخيار فى التصرّف فيما انتقل عنه إليه فلا يدلّ عليه أنّه إمضاء للعقد لأنّه إذن فيما يقتضيه طبع المعامله

و بالجمله كون الإذن بنفسه إسقاطا مستلزم لأن يكون إذن المرتهن أيضا كذلك مع أنّ كونه ملحوظا بلحاظ نفسه عرفا ممنوع جدّا بل المتبادر عند العرف كونه ملحوظا باعتبار متعلّقه و أنّه إذن فى المسقط و لذا أنكر القواعد و جامع المقاصد و المسالك على الميسيه الّذى رتب على المشهور ذلك

و كيف كان فدلاله الإذن بنفسه على إسقاط الخيار ممنوع و أمّا الوجه الثّانى فهو الصّوب الّذى لا محيص عنه و إن كان تعليله بقوله لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحقّ فيه لا مع سقوطه عنه قابلا للمناقشه لأنّ الانتقال بالبدل ليس فرع كون العين متعلّقا للحق فإن الانتقال إليه فى مورد تلف العين مسلّم حتى فى العقود اللازمه إذا طرأ عليها الفسخ أو الانفساخ كما لو أقالا و كانت العين تالفه فالأولى أن يعلّل بما أشرنا إليه فى خيار الغبن و هو أنّ التّصرّف المأذون فيه مفوّت لمحلّ الحقّ حيث إنّ الغرض من الفسخ استرجاع الملك السّابق إمّا بعينه أو ببدله و كل منهما متعذّر أمّا العين فلخروجها عن ملك المشترى بالتصرّف النّاقل أو بالإتلاف و أمّا البدل فلأنّه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه مأذونا فى التّصرف لا يمكن أن يكون ضمان العين عليه فلا موضوع لانتقال الضّمان إلى بدلها فإذا امتنع الضّمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار

[مسأله المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك]

قوله قدّس سرّه مسأله المشهور أنّ المبيع يملک بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملک إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا العنوان مقدّم طبعا على العنوان السّابق فإنّ جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه متفرّع على تحقّق الملک له قبل انقضاء الخيار فکان الأنسب تقديمه

و کيف کان فالأقوى ما عليه المشهور من عدم توقّف الملک على انقضاء الخيار مطلقا للأدلّه العامّه و الخاصّه

أمّا العامّه فلأنّ قوله عزّ من قائل أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ ظاهر فى أنّ البيع علّه تامّه لجواز التّصرف الّذى هو من لوازم الملك و كذلك قوله تِجارَةً عَنْ تَراضٍ الدّال على أنّ التّجاره عن تراض خارجه عن أكل المال بالباطل و إطلاقهما يشمل البيع الخيارى و غيره

و أمّا الخاصّه فمنها صحيحه يسار بن يسار عن الرّجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الّذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به قلت أشترى متاعى فقال ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك و الاستدلال إنّما هو بقوله ع ليس متاعك لا بجواز البيع من البائع حتّى يقال بأنّ البيع منه جائز و لو لم نقل بحصول الملك قبل انقضاء الخيار و منها ما دلّ على جواز النّظر فى الجاريه فى زمان الخيار إلى ما لا يحلّ له قبل ذلك و الإشكال عليه بأنّه نظير حلّ وطى المطلّقه الرجعيّه الّذى يحصل به الرّجوع غير وارد لأنّ التّصرّف فى وطى المطلقه الرّجعيه وقع من ذى الحقّ فيتحقّق به الرّجوع و فى المقام وقع من غير من له الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقد خياريّا حرم النّظر إليه

و بالجمله لو قيل بأنّ تصرّف من لا خيار له يوجب سقوط خيار ذى الخيار لم يكن جواز تصرّفه كاشفا عن كونه مالكا لإمكان حصول الملكيّه بنفس التصرّف إلّا أنّ هذا لا دليل عليه

و أمّا لو كان تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه موجبا لسقوط خياره فتحقّق الرّجوع بالوطى فى المطلّقه الرّجعيّه لا ربط له بالمقام و منها ما دلّ على أنّ نماء المبيع للمشترى و تلفه منه فى الخيار المشروط بردّ الثمن و لا شبهه أن تملّك المنافع فرع تملّك العين و المناقشه فيه بأنّه من قبيل اشتراط انفساخ البيع بردّ الثّمن لا اشتراط الخيار حتّى يكون دليلا للمقام لا وجه لها فإنّه خلاف ظاهر الأدلّه كما اعترف به المصنف قدّس سرّه بل قد تقدم فى تلك المسأله أنّ اشتراط الانفساخ بلا سبب باطل و كون نفس هذا الشّرط سببا له يلزم من وجوده عدمه

و بالجمله دلاله هذه الأخبار على حصول الملك فى زمان الخيار فى غايه الوضوح بل جميع الأخبار الوارده فى العينه يدلّ على حصول الملك فى زمان الخيار فإن بيع المشترى المبيع فى المجلس من البائع لا يمكن أن يصحّ إلّا أن يكون مالكا له مع ثبوت خيار المجلس له و للبائع و ما عن المصنف قدّس سرّه من الإشكال فيه بأن تواطؤهما على البيع ثانيا موجب لسقوط خيارهما مستشهدا بتصريح الشّيخ بجواز ذلك مع منعه عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس غير وارد لأنّ مجرّد التّبانى و التواطؤ على البيع ثانيا لا يوجب أن يكون العقد لازما و كما أنّ التّبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد جائزا فكذلك التّبانى على البيع لا يقتضى أن يصير الجائز لازما

و ما صرّح به الشيخ لا يدل على أن إسقاط الخيار لا يتوقف على الإنشاء بل يكفى التّبانى عليه لاحتمال كون المنع عن بيعه على غير صاحبه لأجل ما بنى عليه من عدم حصول الملك فى زمان الخيار و جواز البيع على صاحبه لأجل الخيار العينه الدالّه عليه بالخصوص تعبّدا

و كيف كان فمجرّد التّبانى لا أثر له و إسقاط الخيار كسائر الإيقاعات يحتاج إلى الإنشاء هذا كلّه مع أنّ كلمات القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار مضطربه غايه الاضطراب و لا ينطبق دليلهم على مدّعاهم فبعضهم يجعل الانقضاء كاشفا و منهم من

يجعله ناقلا و بعض محطّ كلامه الخيار المتّصل و بعض يدّعى عدم حصول الملك حتى فى الخيار المنفصل و قد يتّفق لشخص واحد قولان مختلفان فقد يظهر من الشيخ موافقه المشهور و قد يظهر منه على ما حكاه المحقّق توقّف الملك على انقضاء الخيار سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما و عبارته المحكيه عنه

فى الشّفعه صريحه فى التّفصيل بين ما إذا اختصّ الخيار بالمشترى فيملك بنفس العقد و بين ما إذا كان للبائع أو لهما فيتوقّف على انقضاء الخيار

و الظّاهر عدم الخصوصيّه للمشترى بل كون أحدهما ذا خيار بحيث يقدر على إبطال العقد يوجب أن لا يملك الآخر إلّا بعد انقضاء الخيار فإذا كان الخيار للبائع لا يملك المشترى كالعكس و إذا كان لهما لا يملك كلّ منهما و الإشكال عليه بأنّ حصول الملک لأحدهما دون الآخر يقتضى إمّا الجمع بين العوض و المعوّض أو بقاء الملک بلا مالک و إن كان قابلا للدّفع بجعل الانقضاء كاشفا لا ناقلا إلّا أنّ أصل المدّعى لا دليل عليه

لأنّ غايه ما استدلّ له أمور الأوّل أنّ الغرض من الملک هو التصرّف الممتنع فى زمان الخيار و فيه أوّلا أنّه مبنىّ على عدم جواز التصرّف فى زمان الخيار و ثانيا أنّ التصرّف الممتنع ما كان متلفا أو ناقلا لا كلّ تصرف و ثالثا لا ملازمه بين امتناع التصرّف و عدم حصول الملک

الثّانى صحيحه ابن سنان عن الرّجل يشترى العبد أو الدابه بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدّابه أو يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلک فقال على البائع حتّى ينقضى الشّرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشترى شرط له البائع أو لم يشترط قال و إن كان بينهما شرط أياما معدوده فهلک فى يد المشترى فهو من مال البائع فإنّ قوله ع حتى ينقضى الشّرط ثلاثه أيّام و يصير المبيع للمشترى ظاهر فى توقّف الملک على انقضاء الخيار و أمّا قبله فلا يصير للمشترى و فيه أنّ ظهوره لا يقاوم صريح قوله ع ليس متاعک لقابليّه حمله على الاستقرار أو الطلقيّه و فى المقام و إن كان الملک للمشترى طلقا إلّا أنّه ليس مستقرا عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه إلّا بأسباب خاصّه و بالجمله فى قوله ع و يصير المبيع للمشترى احتمالات ثلاثه الأوّل حصول الملک له الثّانى صيرورته طلقا الثالث صيرورته مستقرا و لا يتنزّل إلى الثّانى إلّا بعد تعذّر الأوّل و لا إلى الثّالث إلّا بعد تعذّر الثّانى إلّا أنّه يتعذّر الحمل على أصل الملكيّه و كذلک على الطّلقيه فيتعين الحمل على الاستقرار

الثّالث النّبوى المشهور الخراج بالضّمان فإنّه يدلّ على أنّ المنافع بإزاء الضّمان و ينعكس بعكس النقيض إلى أنّ من ليس ضامنا ليس الخراج له و بضميمه قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له ينتج عدم حصول الملک فى زمان الخيار لأنّ كون التّلف على البائع فى زمان خيار المشترى يقتضى أن يكون منافع المبيع للبائع لأنّ كون المبيع فى زمان خيار المشترى فى ضمان البائع يقتضى أن يكون المنافع له فإذا كانت المنافع له لم يحصل الملک للمشترى و إلّا كانت المنافع له لتبعيّتها للعين

و لا يخفى أنّه قد استدلّ بالنّبوى لقول المشهور أيضا بتقريب أنّ المبيع فى زمان الخيار المشترک أو المختص بالبائع فى ضمان المشترى و خراجه له و بقاعده التّلازم بين ملک المنفعه و ملک العين يثبت حصول الملک بنفس العقد

و لكنّک خبير بعدم دلالته على كلا القولين أمّا قول المشهور فلما فيه أولا أنّه لم يعلم من القائلين بتوقّف الملک على انقضاء الخيار التزامهم بكون ضمانه على المشترى حتى يكون منافعه له فيستكشف منه حصول الملک بنفس العقد و ثانيا أن دلاله النّبوى على التّلازم بين ضمان العين و ملک المنافع هو الّذى أفتى به أبو حنيفه فى الدابّه المستأجره و قد أوضحنا ما فيه فى

المقبوض بالعقد الفاسد و بيّنا أن مفاده هو أنّ الضّمان العقدى يقتضى أن يكون المنافع بإزائه فلا ينافى تملّكه لمنفعيه كونه فى عهده

الغیر بأحد موجبات الضّمان مثل الغصب و الإتلاف کما لا ینافی کون ضمانه علی مالکه أن یکون منفعته لغیره بسبب آخر کالإجاره و العاریه

و أمّا قول الشّیخ و من تبعه فلأنّ انضمام النّبوی إلی قاعده التّلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له لا ینتج ما نسب إلی الشّیخ من التفصیل بل یدلّ علی خلافه فإنّ الشّیخ یعترف بحصول الملک للمشتری مع اختصاص الخیار به بل انضمامه إلیها لا ینتج عدم حصول الملک فی زمان الخیار مطلقا لما ذکرنا من عدم التلازم بین الملک و الضّمان لعدم دلاله النبوی علی ذلک بل النّبوی لا یدل إلّا علی ما هو مقتضی المعاوضه من أنّ التّضمین العقدی بإزاء المنافع لا أنّ کون الشّخص ضامنا بإزاء الخراج

و بالجمله لو کان النّبوی دالا علی أنّ کلّ من هو ضامن لشی ء فمنافعه له حتّی الغاصب لتمّ الاستدلال به علی عدم حصول الملک فی زمان الخیار و أمّا لو کان ناظرا إلی الضّمان المعاوضیّ فلا ربط له بالمقام و علی أیّ حال الاستدلال به منضمّا إلی قاعده التّلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له ینتج عدم حصول الملک لذی الخیار و هذا قول بعض المخالفین للمشهور و مضادّ للمحکی عن الشّیخ فی الخلاف کما أن الاستدلال بما دلّ علی کون تلف المبیع من مال البائع فی زمان الخیار کصحیحه ابن سنان المتقدّمه و نحوها منضما إلی قاعده الضّمان بالخراج لا یجدی لما نسب إلی الشّیخ

نعم للاستدلال بنفس هذه الأخبار وجه القول بالتوقّف مطلقا إلّا أنّه قد ظهر ممّا تقدّم أنّه لا ملازمه بین الملک و الضّمان علی سبیل الإطلاق بل إنّما یکون التّلازم بینهما فیما لم یکن موجب لضمان غیر المالک و هذه الأخبار تدلّ علی أنّ البائع ضامن لما انتقل إلی المشتری ما لم ینقض خیاره کما أن مقتضی المعاوضه أن یکون کلّ من المتعاقدین ضامنا لما انتقل إلی الآخر ما لم یسلّمه إلیه فهذه الأخبار مخصّصه لما یدلّ علی أنّ بالتّسلیم یرتفع الضّمان فتدلّ علی أنّ القبض فی زمان خیار القابض کلا قبض

و لنعم ما عبّر به الشّهید قدّس سرّه عن مفاد قاعده المعاوضه و هذه الأخبار بقوله و بالقبض ینتقل الضّمان إذا لم یکن خیار

و علی هذا فما أفاده المصنف قدّس سرّه فی

قوله فهذه الأخبار إمّا أن یجعل مخصّصه لأدلّه المشهور بضمیمه قاعده تلازم الملک و الضمان أو لقاعده التّلازم بضمیمه أدلّه المسأله إلی آخره

تبعید للمسافه لما عرفت أنّ مفاد هذه الأخبار أنّ قبض ذی الخیار کالعدم و أنّ الضّمان الثّابت قبل القبض باق بعد القبض أیضا إلی أن یرتفع الخیار هذا مع أنّ العلم الإجمالی بتخصیص أحد العامین یسقط کلیهما عن الحجّیه و الشّهره لا تنفع فی مقام الدّلاله

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّ مقتضی ما تقدّم من عبارتی المبسوط و الخلاف من کون الخلاف فی العقد المتقیّد بشرط الخیار عمومه للخیار المنفصل إلی آخره

لا یخفی أنّه لو قیل بتوقّف الملک علی انقضاء الخیار لما علّل به بعضهم من أنّ فائده الملک التّصرف الممتنع فی زمان الخیار

فالتّعدی إلی الخیار المنفصل مبنیّ علی المسأله السّابقه و هی منع تصرّف من علیه الخیار حتّی فی الخیار المنفصل أو اختصاص المنع بالخیار المتّصل و حیث قد عرفت أنّ عدم الجواز کان مختصّا بالخیار الفعلی فعدم حصول الملک أیضا مختصّ به

نعم کان هناک نزاع آخر فی الصّغری و هو أنّ خیار العیب و الغبن و الرّؤیه کخیار التّأخیر و التّفلیس أو أنّها کخیار المجلس و الحیوان و ظهر أنّ الأقوی کونها من الخیارات الحاصله حین العقد و أن توقّف إعمال الخیار علی العلم بالعیب و الغبن و فقد الوصف

و کیف کان فالتّخصیص أو التّعمیم فی المقام مبنی علی التّخصیص

أو التّعميم فى المسأله السّـابقه و قـد ظهر أنّ القـدر المسلم هو خيـار المجلس و الحيوان و الشّـرط المطلق و أمّا لو قيل بالتّوقف للأخبـار المتقـدّمه الـدّاله على أنّ التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له فالتّعـدى إلى الخيار المنفصل مبنىّ على المسأله الآتيه و هى أنّ قاعده التّلف ممّن لا خيار له ساريه فى غير خيار الحيوان و الشّرط اللّذين هما مورد الرّوايات

و أمّا لو اختصت بهمـا و خيـار المجلس على إشكال فيه فلاـ يمكن التّعـدى إليه و كيف كـان فالتّعـدى و عـدمه إمّـا مبنىّ على المسأله المتقـدّمه أو الآـتيه نعم بنـاء على مـا اختـاره المصـنف فى كلتـا المسـألتين من اختصاص كلا الحكمين بخيار الحيوان و الشّرط و المجلس فلا فرق بين أن يكون مدرك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار عدم جواز التّصرف فى زمان الخيار أو الأخبار المتقدّمه

[مسأله من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار]

قوله قدّس سرّه مسأله من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار إلى آخره

لاـ يخفى أنّ هـذه القاعـده أى كون التّلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له فى الجمله من القواعـد المسـلّمه بين الفقهاء كقاعـده كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه و لا إشكال فى أنّها لا تشـمل ما إذا كان الخيار للطّرفين لأنّه ليس هناك من لا خيار له حتّى يكون التّلف منه و إنّما الإشكال من جهات أخرى

الأولى فى شـمولها للخيار الثّابت للبائع أو اختصاصها بالمشترى بأن يكون تلف المبيع فى زمان خيار المشترى على البائع لا تلف الثّمن فى مدّه خيار البائع على المشترى

الثّانيه فى شمولها لجميع الخيارات أو اختصاصها بالخيار الزّمانى كالحيوان و الشّرط أو تعمه و ما كان متوسّطا بين الزّمانى و غيره كالمجلس فإنّه ليس زمانيّا و مضـروبا فى الزّمان حتّى يكون كخيار الحيوان و الشّرط بل هو معنون بعنوان الاجتماع المنطبق على الزّمان

الثّالثه فى كونها تعبديّه صرفه مستفاده من الأخبار المتقدّمه فى المسأله السّابقه أو أنّها مقتضى قواعد باب المعاوضه أيضا

الرّابعه أنّ الضّـمان فيهـا هل ضـمان المعاوضه أى بتلف المبيع يردّ الثّمن إلى المشترى أو ضـمان اليـد فيرجع المشترى إلى البائع بالمثل أو القيمه و كلّ هذه الجهات محلّ الخلاف بين الأعلام و ليس إجماع على إحداها

و المشـهور بينهم فى الجهه الأـولى و الثّـانيه هو الاختصـاص فاختاروا اختصاص القاعـده بخيار المشترى فى خصوص الحيوان و الشّـرط و صرّحوا بأنّه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع و إن مات بعد العلم بالعيب و قيّد المحقّق الثّانى كون الضّمان على البـائع فى الاقتصـاص من العبـد الجـانى بما إذا كان فى الخيار المخصوص بالمشترى أى خيار الحيوان فيظهر من تقييـده أنّ العبد من جهه العيب ليس فى ضمان البائع مع أنّ العبد الجانى فيه جهتان من الخيار كونه معيبا و كونه حيوانا

و لكن يظهر من جماعه من المحقّقين التّعميم بالنّسبه إلى الجهتين فمنهم الشّهيد قدّس سرّه حيث قال و بالقبض ينتقل الضّمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار و منهم المحقّق جمال الدّين فى حاشيه الرّوضه و منهم صاحب الرّياض و مفتاح الكرامه و حيث إنّ المسأله خلافيّه فلا بدّ أوّلا من تنقيح الجهه الثالثه

فنقول العقد المعاوضى متضمّن لالتزام كلّ من المتعاقدين بتسليم ما انتقل عنه إلى طرفه بحيث إنّ لكلّ واحد منهما حقّ حبسه حتّى يسلّمه الآخر و لو سلّم أحدهما و امتنع الآخر فله إجباره و التّرافع عند الحاكم و مع تعذّره فله المقاصّه منه بإذن الحاكم أو مطلقا و إن تلف مال كلّ منهما قبل التّسليم على الآخر و لكن هذا إذا لم يكن العقد خياريّا و أمّا إذا كان خياريّا فهو بجميع ما يتضمّنه من المدلول المطابقى و الالتزامى

خیاریّ لأنه لا یمکن أن یکون لذی الخیار حلّ العقد و کان ملزما بما التزم به صریحا أو ضمنا فلا یجب علیه التّسلیم إلی أن ینقضی خیاره و لو سلّم تبرعا فله استرداده و هذا بخلاف من لیس له الخیار فإنّه لیس له الامتناع من التّسلیم لو طولب به بمقتضی التزامه فی ضمن العقد

نعم لو امتنع ذو الخیار من التّسلیم فله المنع أیضا و له الاسترداد أیضا و لکن کلّ ذلک لا یقتضی أن یکون تسلیم غیر ذی الخیار کالعدم و یبقی ضمانه الثّابت قبل القبض إلی ما بعد القبض قبل انقضاء خیار الطّرف فلا بدّ من قیام دلیل تعبّدی علی بقاء الضّمان بعد خروجه عمّا هو وظیفته من القبض

و علی هذا فانحصر المدرک فی الأخبار المتقدمه و هی مختصّه بخیار الحیوان و الشّرط و لا تعمّ المجلس فضلا عن غیره من الخیارات فالمرجع هو القواعد العامّه و هی تقتضی أن یکون ضمان المال بعد القبض علی مالکه الفعلی و لا یقال إنّ کون التّلف ممّن لا خیار له لیس منافیا للقواعد لأنّ مرجعه إلی انفساخ العقد و رجوع کل مال إلی مالکه الأصلی قبل التّلف آنا ما ثم التّلف منه کما یظهر منه قدّس سرّه فی المتن

لأنّا نقول و إن اقتضی الانفساخ ذلک إلّا أنه بنفسه مخالف للقاعده فإنّ مثل قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یدلّ علی لزوم العقد و عدم انفساخه بلا موجب و بدون الانفساخ یمتنع أن یکون تلف المقبوض علی غیر قابضه و هکذا الأدلّه الدالّه علی أن تلف المبیع فی العقد الخیاری المشروط بردّ الثّمن علی المشتری تدلّ علی أنّ القبض موجب لأنّ یکون تلف المال علی مالکه و کذلک الأدلّه الدالّه علی التّفصیل بین صوره القبض و عدمه فلا نحتاج إلی استصحاب عدم الانفساخ حتی یقال إن أصاله الضّمان الثّابت قبل القبض حاکم علیه لأنّ الشکّ فی الانفساخ مسبّب عن الشکّ فی الضّمان

هذا مضافا إلی أنّ الأدلّه الاجتهادیّه علی خلاف الاستصحاب لأنّ الضّمان لو کان جعلیّا و کان مقتضی الشّرط الضّمنی فالجعل مقیّد بعدم التّسلیم و أمّا لو کان شرعیّا فقوله ع حتی یخرجه من بیته یدلّ علی انتهاء الضّمان بالإخراج الّذی هو کنایه عن التّسلیم

نعم لو قلنا بکون الضّمان قبل القبض تعبّدیا مع عدم تعرض دلیل التعبّد لحکم الضّمان بعد القبض کان للاستصحاب مجال و بالجمله لو کان الضّمان شرعیّا صحّ الاستصحاب لو شکّ فی بقائه بعد القبض و أمّا لو کان للشرط الضّمنی فیرتفع موضوعه بالتّسلیم و ثبوته بعده إنّما هو بسبب آخر مشکوک الحدوث فالمستصحب داخل فی القسم الثّالث من استصحاب الکلّی إلّا أن یقال بحجیّته فیما کان المرتفع و المشکوک من سنخ واحد و التّفاوت بینهما إمّا بالشدّه و الضّعف أو بحسب الدّقه العقلیّه دون المسامحه العرفیّه کالحرکه المتحصّله من أمور متباینه

و بالجمله مقتضی العمومات و روایه عقبه بن خالد فی رجل اشتری متاعا من رجل و أوجبه غیر أنّه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غدا إن شاء اللّه فسرق المتاع من مال من یکون قال من مال صاحب المتاع الّذی هو فی بیته حتی یقبض المال و یخرجه من بیته فإذا أخرجه من بیته فالمتاع ضامن لحقّه حتی یردّ إلیه حقّه إنّ المال بعد القبض فی عهده مالکه و لا یضمنه غیره حتی یقال بالانفساخ فلو نوقش فی دلاله الأخبار الوارده فی خیار المشروط بردّ الثّمن علی کون الضّمان بعد القبض علی

المالك و لو كان ذا خيار بأن يقال هـذه الأخبار تـدلّ على ضـمان المشترى الّـذى لا خيار له المبيع المنتقل إليه و لا تعرّض فيها لضمان البائع الّذى هو ذو الخيار الثّمن الّذى انتقل إليه

فلا تنافى قاعده التّلف فى زمان ممّن لا خيار له لكفى العمومات و روايه عقبه و القدر المسلّم من قاعده التّلف فى زمان الخيار هو خيار الحيوان و الشّرط الثّابتان للمشترى

و لا وجه للتّعدى إلى سائر الخيارات و لا إلى الخيار الثّابت للبائع إلّا توهم استفادتها بالعليّه من قوله حتّى ينقضى الشّرط و يصير المبيع للمشترى بأن يقال كلّ من لم يستقرّ عليه المال لكونه ذا خيار يقدر أن يسلب ملكيته عن نفسه فتلف ماله على غيره أى بالتّلف ينفسخ المعامله و يصير التّالف قبل التّلف آنا ما فى ملك من لا خيار له ثمّ تلف من ماله و على هذا فلا فرق بين الخيار الثّابت للبائع أو المشترى و لا بين خيار الحيوان و الشّرط و غيرهما من خيار المجلس و خيار تخلّف الشّروط الضّمنيّه

و لكنّه فاسد لأنّ كلمه حتّى قلما تستعمل فى العليّه و معناها غالبا هى الغايه مع أنّ استفاده العليّه منها تؤثر لو أحرز كونها علّه للمجعول لا الجعل و التّشريع

هذا مضافا إلى أنّ الظّاهر من قوله ع إن كان بينهما شرطا أيّاما معدوده أن يكون الشّرط أمرا مضبوطا له أمد محدود و أن يكون نفس الخيار مجعولا بينهما بجعل شرعى كخيار الحيوان أو بجعل منهما كخيار الشّرط لا أن يكون الشّرط أمرا آخر يوجب تخلّفه الخيار كاشتراط التّساوى و الصّحه و الوصف

و على هذا فلا يشمل الدّليل خيار المجلس و إن كان مجعولا شرعيّا فضلا عن الخيارات الثّلاثه لا سيّما لو قلنا بحدوثها بعد العلم بالعيب و الغبن و نقد الوصف

أمّا خيار المجلس فلعدم كونه مضبوطا و ليس له أمد محدود فإنّ الأيّام فى قوله ع أيّاما معدوده و إن لم تكن لها خصوصيّه بل تشمل شرط الخيار السّاعه و السّاعات إلّا أنّها لا بدّ أن تكون معدوده محدوده

و أمّا الخيارات الثّلاثه فلأنّها ليست شرطا مجعولا ابتداء و إلغاء جميع الخصوصيّات و جعل المناط كون العقد فى معرض الزّوال ليس قطعيّا بل هو أشبه شى ء بالقياس سيّما إذا قلنا بما ينسب إلى المشهور من كون ظهورها موجبا للخيار فإنّه يلزم تبدّل الضمان و انتقاله من المغبون مثلا إلى الغابن و هذا بعيد كما أفاده المصنف قدّس سرّه من عدم شمول الرّوايه التّزلزل المسبوق باللّزوم

نعم لو قيل بالتعدّى إلى خيار المجلس فله وجه لأنّ منتهاه و إن لم يكن مضبوطا إلّا أنّ كونه محدودا بزمان الافتراق مضبوط فكما يتعدى من الأيّام إلى الساعات قطعا يتعدّى إلى عدم الافتراق و بقاء المجلس مع أنّه فى السّنخ متّحد مع الخيارين فى كونه مجعولا هذا بالنّسبه إلى سائر الخيارات الثّابته للمشترى

و أمّا التّعدى من حيث المثمن إلى الثّمن فدعوى القطع باتّحادهما مناطا ليست جزافيّه كما أفاده المصنف قدّس سرّه بل دعوى القطع بعدم الخصوصيّه للمشترى و كون التّالف مبيعا مسموعه إذ لا منافاه بين ذلك و قاعده كون ضمان المال على مالكه فإنّها ليست تعبّديّه حتّى تصلح للمعارضه مع قاعده تلف المال ممّن لا خيار له بل هى من الأمور الارتكازيّه المرتفعه بكلّ ما دلّ على

أنّ ضـمان المال على غير مالكه حتّى استصـحاب الضّـمان الثّابت قبل القبض بل و لو قيل بأنّها قاعـده تعبـديّه إلّا أنّه لا شـبهه فی كونها مخصّصه بقاعده التّلف قبل القبض فلو شكّ بعد القبض فی بقاء الضّـمان فالمرجع هو استصـحاب حكم الخاص لا عموم القاعده كما ظهر وجهه فی خيار الغبن

فالعمده فی دفع المنافاه بين القاعدتين ما ذكرناه من تخصـيص قاعده كون تلف المال على مالكه بقاعده التّلف لا ما أفاده قدّس سرّه من أنّ المراد من الضّمان انفساخ العقد فلا منافاه لما عرفت من أنّ الانفساخ بلا موجب هو بنفسه مخالف

للقاعده و الانفساخ قبل القبض إنّما هو الشّرط الضّمنى أو لدليل تعبدى و هو قوله ع كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال تابعه

و حاصل الكلام أنه يمكن دعوى القطع باتّحاد المناط و أنّه لا خصوصيّه لتلف المبيع عند المشترى و لو أنكرنا ذلك فاستصحاب الضمان الثّابت قبل القبض كاف فى حكومته على قاعده كون تلف المال على مالكه و ليس تقديريّا و لا شكا فى المقتضى كما لا يخفى

و لا يعارضه استصحاب عدم الانفساخ فإنّ الشّك فيه مسبّب عن الشكّ فى الضّمان و الأصل السّببى حاكم على المسبّبى

قوله قدّس سرّه نعم يبقى هنا أنّ هذا مقتض لكون تلف الثمن فى مدّه خيار البيع الخيارى من المشترى إلى آخره

لا يخفى أنّ الالتزام بالتّعميم لا محذور فيه فإذا تلف الثّمن عند البائع ينفسخ البيع و يردّ المبيع إليه إلّا بعد ردّ الثمن فكأنّه اشترط أن لا يكون ضمان الثّمن على المشترى فاسدا لأنّه بعد الالتزام بالتعدّى من مورد النّص إلى تلف الثّمن فى زمان خيار البائع لتنقيح المناط أو لاستفادته من العلّه المنصوصه فى الأخبار و هى حتى ينقضى الشّرط و يصير المبيع للمشترى فشرط عدم كون تلف الثّمن فى زمان خيار البائع من المشترى مخالف للكتاب فيكون كما لو اشترطا عدم ضمان كلّ منهما لما انتقل عنه قبل القبض بل لو قلنا بأن القاعده ليست تعبّديّه و إنّما هى من مقتضيات الضّمان المعاوضىّ فشرط عدم كون تلف الثّمن من المشترى فى زمان خيار البائع فاسد أيضا لكونه منافيا لمقتضى العقد

و بالجمله بناء على التّعدى إلى الثّمن و عدم الفرق بين الخيار المتّصل و المنفصل فلا محيص عن الالتزام باطّراد القاعده و شمولها لخيار البائع المشروط بردّ الثّمن كما أفاده قدّس سرّه فى

قوله فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعده إذا كان الثّمن شخصيّا إلى آخره

ثم لا يخفى أنّه لا فرق فى الثّمن و المثمن من حيث الكليّه و الشّخصيّه أيضا و القاعده تختصّ بالشّخصى دون الكلّى

و توضيح ذلك أنّه لو كان أحد العوضين أو كلّ واحد منهما كليّا فمقتضى المعاوضه بقاء الكلّى فى ذمّه من انتقل عنه إلى أن يسلّم الفرد المنطبق عليه الكلّى إلى المنتقل إليه فلو سلّم غير المنطبق عليه عنوانا كالشّعير بدلا عن الحنطه فهذا التّسليم كالعدم لعدم وقوع العقد على ما ينطبق على المقبوض فيجب عليه الإبدال و لا خيار للمنتقل إليه بلا إشكال

و أمّا لو سلّم غير المنطبق عليه وصفا كالمعيب بدلا عن الصّحيح و غير الكاتب بدلا عن الكاتب فمقتضى القاعده أيضا الإبدال لعين ما ذكرناه فى تخلف العنوان إلّا أنّ الظّاهر من بعض الفقهاء هو التّخيير بين الإبدال و الخيار بين الفسخ و الإمضاء بل إذا كان معيوبا فالتّخيير بين الرّد و الأرش و الإبدال و الظّاهر أنّ ذلك جمع بين المتناقضين إذ لو تعيّن الكلّى فى الفرد المقبوض فتخلّف الوصف لا يقتضى إلّا الخيار دون الإبدال و إن لم يتعيّن فيه فالمتعيّن هو الإبدال لا التّخيير بينه و بين الخيار إلّا أن يقال إنّ الجمع بينهما إنّما هو للجمع بين القاعده و أدلّه الخيار فإن القاعده تقتضى الإبدال لعدم كون المقبوض ممّا ينطبق عليه ما وقع العقد عليه و أدلّه الخيار مثل قوله ع فإن خرج السّلعه معيبا و علم المشترى فالخيار إليه إن شاء ردّه و إن شاء أخذه أو ردّ عليه

بالقيمه أرش العيب تقتضى التّخيير بين الرّد أى فسخ المعامله و الإمضاء بلا أرش أو معه فتأمل

و كيف كان فالخروج عن عهده الكلّى ثمنا كان أو مثمنا إنّما هو بأداء الفرد المنطبق عليه عنوانا و وصفا فإذا أدّاه كذلك فلا ضمان عليه لو لا قاعده الضّمان فى زمان الخيار و لكن حيث قد عرفت أنّ معنى القاعده هو انفساخ العقد بالتّلف و أنّ

الضّمان المعاوضى الثّابت قبل القبض باق بعد القبض فلا وجه لشمول القاعده لتلف الفرد المقبوض من الكلّى لأنّ تلف الفرد لا يقتضى إلّا صيروره الكلّى كغير المقبوض فلا وجه لانفساخ العقد به و لا جامع بين صيروره العقد كالعدم كما فى تلف الشّخصى و القبض كالعدم و المفروض شمول القاعده لتلف الشّخصى فلا تشمل الكلّى

نعم لو قيل بأنّ معناها ثبوت الضّمان الواقعىّ لا اسمى فلا مانع من شمولها للكلّى لأنّ العقد بناء عليه لا ينفسخ حتّى يكون الشّخصى مباينا مع تلف الفرد المقبوض من الكلّى

و بالجمله إذا قلنا بأنّ معنى القاعده أنّ الضّمان الثّابت قبل القبض لا يرتفع بالقبض فى زمان الخيار و أنّ الضّمان المعاوضى باق فالفرق بين تلف الشّخصى و الفرد من الكلّى واضح فإن تلف المبيع الشّخصى إذا كان فى زمان خيار المشترى على البائع بمقتضى النّصوص يقتضى انفساخ العقد لا محاله و رجوع المبيع إلى ملك البائع آنا ما حتّى يكون التّلف من ماله و هذا بخلاف الفرد من الكلّى فإنّه يمكن أن يكون من البائع بلا انفساخ المعامله

و ممّا ذكرنا ظهر وجه الأمر بالتأمّل فى قول المصنف و هو أنّ انفساخ العقد لا عين له و لا أثر فى الأخبار حتى يكون لزومه فى الشّخصى و عدم لزومه فى الكلّى منشأ للفرق بينهما بل كون التّلف من ملك البائع بناء على ظهور الخبر فى ذلك هو الموجب للفرق بينهما فإنّه فى الشّخصى لا يستقيم إلّا بالانفساخ و هذا بخلافه فى الكلّى و لذا لو قلنا بأنّه ليس معنى قوله من البائع كون التّالف ملكا له بل معناه أنّ خسارته عليه فلا حاجه إلى فرض الانفساخ فلا فرق بينهما

قوله قدّس سرّه ثم إنّ ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعه منهم كالمحقّق و الشّهيد الثّانيين أنّ المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء الضّمان الثّابت قبل قبضه إلى آخره

هذه هى الجهه الرّابعه الّتى أردنا تنقيحها فنقول الاحتمالات فى المراد من الضّمان ثلاثه الأوّل هو الضّمان المعاوضى كالضّمان فى قاعده تلف المبيع قبل قبضه فمفاد النصوص فى المقام أنّ الضّمان الثّابت قبل القبض باق بعده إذا كان للمشترى خيار فالقبض فى زمان الخيار كالعدم و هذا هو الظّاهر من الشّهيد فى الدّروس حيث قال و بالقبض ينتقل الضّمان إلّا إذا كان خيار فمعنى كون تلف المبيع فى زمان خيار المشترى من مال البائع هو انفساخ المعامله و انتقال المبيع إلى البائع آنا ما قبل التّلف

و على هذا لا يمكن أن يقيّد الانتقال إليه بما إذا فسخ المشترى لأنّ العقد بمجرّد التّلف ينفسخ قهرا فيرتفع موضوع حق الفسخ لأن بقاءه ببقاء العقد الثّانى هو الضّمان الواقعى أى المثل و القيمه المعبّر عنه بضمان اليد فمفاد الرّوايات أنّه لو تلف المبيع فى زمان خيار المشترى فغرامته على البائع سواء فسخ المشترى أم لم يفسخ

غايه الأمر أنّه لو فسخ يسترجع الثّمن و لا شى ء عليه للبائع و لو لم يفسخ يأخذ المثل أو القيمه فالفرق بين هذا الاحتمال و الاحتمال الأوّل يظهر فى صوره عدم الفسخ و أمّا فى صوره الفسخ فلا فرق بينه و بين الانفساخ فى أنّه يسترجع الثّمن الثّالث هذا الاحتمال مع تقييد الضّمان على البائع بما إذا فسخ المشترى و أمّا لو لم يفسخ فلا شى ء له

ثم لا يخفى أنّه بناء على التّقييد لا وجه للاحتمالات الثلاثه فى قوله قدّس سرّه فيحتمل أنّه يتخيّر بين الرّجوع على البائع بالمثل أو القيمه و بين الرّجوع بالثّمن و يحتمل تعيّن الرّجوع بالثّمن و يحتمل أن لا يرجع بشى ء إلى آخره

لأنّه إذا قيّد التّلف على البائع بصوره فسخ المشترى فلا وجه للرّجوع إليه فى صوره عدم الفسخ

هذا مضافا إلى أنّه لا يعقل التخيير بين الرّجوع إلى الثّمن و إلى المثل و القيمه لأنّ الرّجوع إلى الثّمن أى المسمّى إنّما هو لانفساخ المعامله فلا يجتمع مع بقائها

و كيف كان فأقوى الاحتمالات هو الوجه الأوّل لأنّ الظّاهر من النّصوص أنّ الضمان السّابق باق بعد القبض فى زمان الخيار نعم قد يرد عليه إشكالان الأوّل أنّ فى صحيحه ابن سنان فرض الأعمّ من تلف الوصف أو تلف العين فقال فيموت العبد أو الدابّه أو يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلك إلى آخره و لا معنى لأن تكون و الأوصاف مضمونه بالمسمّى لعدم وقوع شى ء من الثمن بإزائها فى عقد المعاوضه و لا يمكن الجمع بين الضّمانين فى قوله على من يكون ضمان ذلك فيتعيّن إراده الضّمان بالمثل أو القيمه فى تلف العين أو الوصف

و فيه أنّ الضّمان الواقعى و إن كان هو الظّاهر من لفظ الضّمان أو منصرفه و لكنّه إنّما يراد منه لو لم تكن قرينه على خلافه و مع تعهّد الضّامن ضمان المسمّى و إمضاء الشّارع له لا معنى لأن يراد الضّمان الواقعى فينحصر إراده ذلك فيما إذا لم يكن فى البين تسميه كما لو قيل ألق متاعك فى البحر و على ضمانه أو لم يمض الشارع المسمّى كما فى المقبوض بالعقد الفاسد فإذا فرض أنّ الرّوايات دلّت على أنّ القبض كالعدم و أنّ الضّمان السّابق باق فلا معنى لأن يراد منها الضّمان الواقعى

نعم لو دلّت على ارتفاع الضّمان السّابق بالقبض و جعل ضمان على حده بعد القبض كان الظّاهر منه أو منصرفه هو الضّمان الواقعى و هذا خلاف ظاهر السّؤال أيضا فإن قوله على من يكون ضمان ذلك لا يمكن أن يكون سؤالا عن ضمان اليد لوضوح أنه على من تلف العين فى يده و أمّا اتّحاد معنى الضّمان فى تلف الوصف و تلف العين فهو و إن كان كذلك إلّا أن نتيجه كون الوصف فى ضمان من ليس له الخيار أنّ عهده الوصف عليه أيضا بعد القبض كما يكون عليه عهده الموصوف و تلف الموصوف يقتضى الانفساخ

و أمّا تلف الوصف فلا يقتضى الإبقاء خيار تخلّفه دون الغرامه لا بالضّمان الواقعى و لا بالمسمّى و بالجمله الضّمان فى كليهما بمعنى واحد و هو أنّ عهده الوصف و الموصوف على من لا خيار له فلو أسقط المشترى خيار الشّرط أو انقضى مدّته فله إعمال الخيار بالنّسبه إلى فقد الوصف و على أىّ حال لا يقع بإزائه شى ء من الثّمن فلا يوجب تخلّفه الغرامه

نعم قد ثبت فى تخلّف وصف الصّحه التّخيير بين الأرش و الخيار تعبّدا لا لكونه مقتضى المعاوضه الثّانى أنّ الضّمان بالمسمّى قد ارتفع بالقبض لخروج كلّ واحد من المتعاقدين عن عهده ما ضمنه و بالقبض انتقل الضّمان بالمثل أو القيمه و انعكس الأمر به أيضا فصار كلّ منهما ضامنا لما انتقل إليه فلو دلّ دليل على ضمان كلّ منهما لما انتقل عنه بعد القبض أيضا يؤخذ بظاهره و هو الضّمان الواقعى و فيه أنّ مفاد الدّليل لو كان عدم تأثير القبض فى رفع الضّمان لا تشريع ضمان على حده فلازمه بقاء الضّمان السّابق و هو المسمّى و هذا هو الظاهر من قوله ع على البائع حتى ينقضى الشّرط ثلاثه أيّام و يصير المبيع للمشترى لأنّ معناه أنّ القبض ليس غايه للضّمان بل الغايه انقضاء شرطه و استقرار الملك عليه بحيث لا يقدر أن يسلب الجده الاعتباريّه عن

نفسه

و على هذا فتأمّل المصنف فى عباره الدّروس بقوله و العباره محتاجه إلى التأمّل من وجوه عديده فى محلّه و إشكاله تاره يرجع إلى المبنى و أخرى إلى المعنى

أمّا الأوّل فوارد على ما هو ظاهر كلامه فى قوله و بعده لا يبطل الخيار من أنّ القبض يرفع الضّمان المعاوضى و أنّ الضّمان فى مدّه الخيار ضمان واقعى و هو مناف لقوله فى مقام آخر و بالقبض ينتقل الضّمان إلّا أن يكون خيار فإنّ ظاهره أنّ القبض كالعدم و الضّمان المعاوضى باق

و أمّا الثّانى فوارد على جملتين من كلامه الأولى قوله فلو فسخ البائع رجع بالبدل فى صوره عدم ضمانه فإنّ هذا الكلام تفريع على قوله و بعده لا يبطل الخيار أى لو قلنا بأنّ التّلف فى زمان الخيار لا يوجب سقوط الخيار كما هو مسلّم فى الجمله فلو كان ذو الخيار هو البائع و تلف المبيع عند المشترى كما هو مورد البحث و فسخ البائع يرجع إلى المشترى ببدل المبيع إذا لم يكن البائع ضامنا و هذا القيد الأخير لا يستقيم أصلا لأنه لا يمكن رجوعه إلى المشترى إلّا إذا كان الخيار مختصا به و لا يكون مشتركا و لا مختصّا للمشترى

أمّا فى الخيار المختصّ بالمشترى فلما عرفت أنّ المشترى يرجع إلى البائع و أمّا فى الخيار المشترك فلأنّ ضمان كل منهما لا يمنع أن يرجع كلّ منهما إلى الآخر فلو تلف المبيع عند المشترى و فسخ البائع يرجع إلى بدل المبيع مع كونه بصوره عدم ضمانه هذا مع أنّ الضّمير فى قوله عدم ضمانه يرجع إلى المبيع لا إلى الثّمن كما هو واضح

و بالجمله لو كان الخيار مختصّا بالبائع فلا يتصوّر كونه ضامنا حتّى يقيّد رجوعه بالبدل بصوره عدم ضمانه و لا يمكن فرض المسأله فى تلف الثّمن عند البائع مع كونه ذا خيار أمّا أوّلا فلأنّ ظاهر قوله لا يبطل الخيار و إن كان التّلف من البائع كما إذا اختصّ الخيار بالمشترى هو اختصاص القاعده بتلف المثمن و إلّا كان حقّ التّعبير أن يقال و إن كان التّلف ممّن تلف عنده كما لو كان الخيار لطرفه حتّى يشمل الثّمن أيضا و أمّا ثانيا فلأنّه لو فرض تلف الثمن عند البائع و قلنا بأنّ التّلف لا يسقط الخيار فمقتضاه أنّه لو فسخ يسترجع المبيع و لو لم يفسخ يسترجع بدل الثّمن

و على أىّ حال ليس هو ضامنا مع اختصاص الخيار به فلا وجه للتّقييد و لا يمكن فرضها فى إتلاف البائع المبيع عند المشترى حتى يتصوّر ضمانه مع كونه ذا خيار أمّا أوّلا فلأنّ الإتلاف موجب لسقوط خياره و أمّا ثانيا فلأنّ القاعده لا تشمل الإتلاف و أمّا ثالثا فلأنّ مفروض الشّهيد قدّس سرّه هو التّلف

الثّانيه قوله قدّس سرّه و لو أوجبه المشترى فى صوره التّلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع المثل أو القيمه فإنّ إيجاب المشترى إمّا بعد التّلف أو قبله فإذا كان بعده فلا محلّ له لأن خياره سقط بانتفاء الموضوع لارتفاع العقد و انفساخه بالتّلف قبل القبض فلا موقع لقوله لم يؤثّر فى تضمين البائع لأنّه لم يكن إيجابه قابلا لأن يؤثّر حتى يقال لم يؤثّر و إذا كان قبله فإيجابه غايه الأمر يجعل العقد غير خيار و لا أثر لكون العقد لازما لإبطال أثر التّلف قبل القبض فإنّ العقد سواء كان خياريا ثم لم يكن يبطل بالتّلف الطّارى قبل القبض فإذا تلف المبيع يرجع الثّمن إلى المشترى قهرا و لا وجه لأن يكون بدل المبيع من المثل أو القيمه راجعا إليه

و بعباره أخرى انفساخ العقد بالتّلف قبل القبض لا يختصّ بالبيع الخيارى فسقوط الخيار لا يوجب بقاء العقد حتى يضمن البائع

بدل المبيع فعلى أىّ تقدير قوله قدّس سرّه لم يؤثّر إلى آخره توضيح الواضح

نعم يمكن توجيه بأن تكون هـذه الجمله توطئه للجمله الأخيره و هى قوله و فى انسـحابه فيما لو تلف بيـده فى خياره نظر فيكون حاصل الجملتين هو الترديد بين الوجه الثّانى و الثّالث من الوجوه المتقدّمه بأن يكون الضّمان واقعيّا مطلقا أو مقيّدا بصوره الفسخ فلو لم يفسخ المشترى بل أوجب

العقد فی زمان الخیار فهل یؤثّر فی تضمین البائع المثل أو القیمه أو لا یؤثّر وجهان فلو کان مقیّدا لا یؤثّر أی لا یوجب تضمینا و لو کان مطلقا یؤثّر

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّ الظّاهر أن حکم تلف البعض حکم تلف الکل إلی آخره

لا یخفی أنّ تلف البعض موجب لانفساخ المعاوضه بالنّسبه إلیه کتلف الکل لأنّ الأبعاض یقسط علیها الثّمن فتلف البعض فی زمان الخیار فی ضمان من لا خیار له و أمّا تلف الوصف فهو و إن کان فی ضمانه بمعنی أنّه یوجب الخیار سواء کان قبل القبض أو بعده إلّا أنّه لا وجه لانفساخ المعامله به من غیر فرق بین وصف الصّحه و غیره لعدم وقوع شی ء من الثمن بإزائه

نعم بین وصف الصّحه و غیره فرق من جهه أخری و هو أنّ فی تلف وصف الصّحه یتخیّر المالک بین الردّ و الأرش دون غیره و علی أیّ حال لا فرق بینهما من جهه الانفساخ و قد تقدّم فی خیار الغبن فی ذیل عنوان التغییر ما یوضح ذلک فراجع

قوله قدّس سرّه و أمّا إذا کان بإتلاف ذی الخیار سقط به خیاره إلی آخره

لا یخفی أنّ مورد القاعده مثل مورد قاعده التّلف قبل القبض هو التّلف السّماوی و لقوله ع فهلک فی ید المشتری و أمّا الإتلاف فله أحکام أخر و تقدم الإشاره إلیها إجمالا فی خیار الغبن

فنقول توضیحا لما تقدّم و تنبیها علی عباره المتن إن صور الإتلاف کثیره لأنّه تاره یکون بفعل البائع و أخری بفعل المشتری و ثالثه بفعل الأجنبی و علی التقادیر تاره یکون الثّمن تالفا و أخری المثمن و علی التّقادیر تاره یکون قبل القبض و أخری بعده و علی التّقادیر تاره یکون الخیار لأحدهما أو کلیهما و أخری لا یکون خیار مطلقا و هذه الصّور تجری فی إتلاف البعض أو الوصف و الوصف تاره یکون وصف الصّحه و أخری غیره من الأوصاف

و کیف کان فلا شبهه فی أنّه لو أتلف ذو الخیار ما انتقل إلیه سقط به خیاره و لو أتلف ما انتقل عنه فإتلافه فسخ للمعامله لأنّ کلّا من الإتلاف فیما انتقل إلیه و فیما انتقل عنه تصرّف منه و تصرّفه فیما انتقل إلیه إجازه و فیما انتقل عنه فسخ بالشّرائط المتقدمه بأن لا یکون للاختبار أو الغفله و نحو ذلک

و أمّا لو کان للاختبار أو الغفله أو الجهل بسبب الخیار کإتلاف المغبون ما انتقل إلیه قبل اطّلاعه علی الغبن فلیس إجازه کما تقدّم فی خیار الغبن و علی هذا فلو أتلف ذو الخیار ما انتقل عنه غفله قبل إقباضه إلی من انتقل إلیه لا یکون إتلافه فسخا بل یکون موجبا للخیار لمن انتقل إلیه لتعذّر التّسلیم کما لو أتلفه الأجنبی قبل القبض

و بالجمله إتلاف ذی الخیار ما انتقل إلیه سواء وقع قبل القبض أو بعده استیفاء لماله و إسقاط لخیاره بالشّرائط المتقدّمه و إتلافه ما انتقل عنه مطلقا فسخ للمعامله بالشرائط المتقدمه و مع فقد الشّرائط یختلف حکم قبل القبض و بعده فإنّه لو وقع قبله یوجب الخیار للمنتقل إلیه و أمّا لو وقع بعده فلا یوجب الخیار هذا حکم إتلاف ذی الخیار

و أمّا إتلاف غير ذى الخيار و الأجنبى فلا يبطل خيار ذى الخيار و تقدّم حكمهما فى خيار الغبن فلنرجع إلى العباره فنقول مفروض كلامه قدّس سرّه هو تلف المبيع فى يد المشترى الّذى له الخيار و ينطبق ما أفاده على الفروض إلى قوله و إن كان بإتلاف أجنبىّ

و أمّا من قوله و إن كان بإتلاف أجنبىّ تخيّر أيضا بين الإمضاء و الفسخ و هل يرجع حينئذ بالقيمه إلى المتلف أو إلى صاحبه أو يتخيّر وجوه إلخ فكأنه ينعكس الفرض و هو إتلاف الأجنبى ما انتقل عن ذى الخيار و هو الثّمن كما هو ظاهر غير موضع من كلامه منها قوله و هل يرجع حينئذ فإنّ الظّاهر أنّ ضمير يرجع راجع إلى ذى الخيار

و لو كان المبيع تالفا لا يستقيم سواء أمضى العقد أو فسخ لأنّه لو أمضاه فليس له الرّجوع إلى صاحبه لاستقرار الثّمن فى ملك البائع بإمضاء المشترى و لو فسخه ليس له الرّجوع إلى الغاصب لأنّ المبيع بمجرّد الفسخ ينتقل إلى البائع فله الرّجوع إلى الغاصب أو إلى ذى الخيار لا أنّ ذا الخيار مخيّر

نعم لو كان ضمير يرجع راجعا إلى المفسوخ عليه ينطبق على فرض المقام و هو تلف المبيع عند المشترى إلّا أنّه خلاف الظّاهر و أمّا لو فرض كون الإتلاف واقعا على الثّمن المنتقل إلى البائع ففسخ المشترى فللتّرديد بين رجوعه إلى المتلف أو إلى صاحبه وجه و منها قوله و لأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ إلى آخره لأنّ رجوع المبيع التّالف فى ملك الفاسخ أى المشترى لا معنى له بل فسخ المعامله يقتضى رجوع الثمن إليه و منها قوله أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ إلى آخره و منها قوله الفاسخ فى السّطر الأخير من هذا العنوان و منها قوله بعد ذلك و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان

نعم ينطبق العباره على المقام إذا قلنا بأنها غلط من قلم النّاسخ و أنّ الصحيح هو المفسوخ عليه بدل الفاسخ فى المواضع الثلاثه و الفاسخ بدل المفسوخ عليه فى قوله و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان كما لا يخفى و هكذا لا بدّ من التصرّف فى لفظى الثمن و المثمن فإن انطباقها على المقام يصحّ بأن تكون العباره هكذا و من أنّه إذا دخل الثّمن فى ملك من تلف المثمن فى ملكه

و كيف كان فانطباق العباره على المقام يحتاج إلى التصرّف فيها و أمّا لو جعلنا قوله و إن كان بإتلاف أجنبىّ إلى آخره إعراضا عنه و بيانا للقاعده الكليّه فإذا أتلف الثّمن و لم يفسخ المشترى يرجع البائع إلى المتلف بلا شبهه

و أمّا لو فسخ فتاره يفسخ بعد رجوعه إلى المتلف و أخرى قبله فإذا فسخ بعد رجوعه إليه فلا إشكال أيضا لأنّ الثمن كان ملكا للبائع و رجع مالكه إلى المتلف و برئ ذمّه المتلف و فسخ المشترى لا يوجب إلّا تعلّق حقّه ببدل الثّمن الّذى هو فى عهده البائع لا المتلف و أمّا لو فسخ قبل رجوع البائع إلى المتلف فهنا محلّ الوجوه الثلاثه من تعيّن الرّجوع إلى البائع أو المتلف أو التّخيير و مبنى الوجوه قد تقدم فى خيار الغبن و قلنا إنّ الأقوى هو التّخيير كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد كما فى تعاقب الأيدى

و ما أفاده المصنف فى المقام من أنّه أضعف الوجوه لا وجه له بل تعيّن الرّجوع إلى البائع أضعف الوجوه لأنّه متفرّع على أن يكون المتلف ضامنا للمالك الفعلىّ للمال و هو متفرّع على الانتقال إلى القيمه يوم التّلف و قد تقدم فى ضمان القيمى أنّه أضعف الأقوال سندا

[مسأله و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم العوضين فى زمان الخيار]

قوله قدّس سرّه و من أحكام الخيار ما ذكره فى التّذكره فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثّمن فى زمان الخيار إلى آخره

قد عرفت فى خيار المجلس أنّ من أعظم الشّروط الّتى يتضـمّنها العقد هو التّسليم و التّسلم بل هو الغرض الأصلى من المعاوضه فإذا لم يكن العقد خياريا يجب التّسـليم على الطّرفين و يثبت لكلّ واحد منهما حقّ حبس ما انتقل عنه إذا امتنع الآخر من التّسليم لأنّ ذلك أثر التزام كلّ منهما على التّسـليم فيكون حاكما على قاعده السّلطنه و حرمه التصـرّف فى مال الغير بدون إذن مالكه و أمّا لو كـان خياريا فحيث إنّ العقـد بجميع مـداليله المطابقيّه و الالتزاميّه تحت يـد ذى الخيار لا يجب عليه التّسـليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يقال هذا مخالف لقاعده السّلطنه لأنّ من لا خيار له لو انتقل إليه المال على نحو كان لمالكه الأصلى التسلّط

على عدم التّسليم لم يثبت له السّلطنه المطلقه و بالجمله قاعده السّلطنه قابله للتّضييق

فما أفاده قدّس سرّه من أنّه لم أجد لهذا الحكم وجها معتمدا ففيه ما لا يخفى مع أنه قدّس سرّه فى فروع بيع الصرف و أحكام القبض ملتزم بذلك و كيف كان فما أفاده العلّامه غير قابل للمناقشه و إن قلنا بتعلّق الخيار بالعقد لأنّ عدم وجوب التّسليم على ذى الخيار ليس لتعلّق حقّه بالعين كتعلّق حق المرتهن بالعين المرهونه حتى يكون قابلا للمنع بل لما عرفت من أنّه لو لم يجب الوفاء بالعقد عليه لا يجب عليه الوفاء بما التزم به فى ضمنه فيجوز له حبس العين و إن جاز للآخر أيضا حبس ما انتقل عنه و لو لم يكن له الخيار لأن التزامه بالتّسليم كان منوطا بتسليم صاحبه

نعم يصحّ المناقشه فيما أفاده فى قوله و لم يتبرّع أحدهما بالتّسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده فإن المتبرّع لو كان من عليه الخيار فلمنع ذى الخيار عن التّسليم وجه و هو كونه ذا خيار و أمّا لو تبرّع ذو الخيار فلا وجه لمنع الآخر عن التّسليم مع كونه ملتزما به

غايه الأمر أن التزامه كان منوطا بتسليم ذى الخيار و المفروض تبرّعه به و هكذا فى قوله و له استرداد المدفوع قضيه للخيار لأنّ الدّافع و إن كان من له الخيار إلّا أنّ مقتضى خياره هو الامتناع عن التّسليم ابتداء و أمّا بعده فلا دليل على جواز استرداده إلّا إذا كان اتّفاقيّا كما هو الظّاهر حيث جعل المخالف بعض الشّافعيّه

[مسأله قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين]

قوله قدّس سرّه قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه القاعده مسلّمه فى الجمله و لا تعارضها قاعده التّلف قبل القبض و قاعده التّلف فى زمان الخيار فإنّ التّلف فى الموردين و إن أوجب سقوط الخيار إلّا أنّ إيجابه له إنّما هو لانفساخ العقد به و مورد هذه القاعده إنّما هو مع بقاء العقد فلا تزاحم بينهما ثم إنّ موردها إنّما هو فى الخيار الشّرعى لا الجعلى فإنه تابع لكيفيّه الجعل فقد يتعلّق الخيار بنفس العين بخصوصيّتها الشخصيّه و قد يتعلّق بماليّتها فمن اختلافهما لا يمكن الاستظهار لإثبات القاعده أو نفيها كما أنّه لا يمكن إحراز الثّبوت أو السّقوط من كلمات الأعلام فإنّه قد يظهر منهم التأمّل فى بقائه مع التّلف فى جمله من الموارد

منها فى المرابحه لو ظهر كذب البائع فى رأس المال فإنّه لا شبهه فى ثبوت الخيار للمشترى إمّا للإجماع أو لإرجاعه إلى تخلّف الشّرط الضّمنى حيث إن بيعه برأس المال يتضمّن اشتراط صدقه فى أخباره و مع ذلك لو تلف المتاع فى يد المشترى فقد تردّد العلامه فى ثبوت الخيار بل حكى عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم و علّل ذلك بأنّ الردّ إنّما يتحقّق مع بقاء العين و لكن قوّى فى المسالك و جامع المقاصد ثبوته

و منها فى الغبن فإنّ المحقّق الثّانى تردّد فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه بل ظاهر العلامه سقوطه فى التّلف الحكمى كما إذا نقل المغبون العين عن ملكه معلّلا بعدم إمكان الاستدراك حينئذ

و منها خيار الرّؤيه فإنّ المحقّق الثانى ألحقه بخيار الغبن فى سقوطه بتلف العين

و على هذا فالصواب تحقيق المسأله على مقتضى القواعد العامّه فنقول بعد ما تقدم مرارا أنّ الخيار عباره عن ملك فسخ العقد و إقراره فتلف العين لا يقتضى سقوطه و لو كان طريقا لاسترجاع العين لأنّه ليس طريقا لاسترجاعها بخصوصيّتها الشخصيّه بل طريق لاسترجاعها بماليّتها و هى محفوظه فى كلتا صورتى بقاء العين و تلفها بل لو لم يرد فى الأدلّه لفظ الخيار و إنّما ورد الردّ و الاسترداد فتلف العين لا يقتضى امتناعهما لأنّهما ليسا ظاهرين فى الردّ و الاسترداد الخارجيّين بل المقصود منهما الردّ و الاسترداد فى الملك مع أنّه لم يرد فى الأدلّه لفظ الردّ

إلّا فى خصوص خيار العيب و النّزاع فى سقوطه بالتّلف أو بقائه لغو لأنّ إعمال الخيار فيه يتوقّف على بقاء العين بحالها فلو تغيّرت عمّا وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمه بعينها سقط الخيار فضلا عمّا إذا تلف

هذا مع أنّه لو دلّ الدّليل على ثبوت حقّ الردّ فنقول إنّه إمّا أمر أجنبىّ عن الخيار و إنّما هو حكم شرعىّ تعبدى و لا يترتّب عليه آثار الخيار من سقوطه و نقله إلى الغير كجواز الرّجوع إلى العين الموهوبه أو جواز الرّجوع فى المعاطاه فإنّه لا يصلح للإسقاط و لا المصالحه عليه و لا أن يرثه الوارث و إمّا مرجعه إلى ذاك المعنى المتعلّق بالعقد الغير المرتبط بشى ء من العوضين

و بالجمله لو استفيد من جواز الردّ هذا المعنى القابل للنّقل و الإسقاط فهو متعلّق بالعقد و لا يدور مدار بقاء العين و لو لم يستفد ذلك فهو حكم شرعىّ فى مقابل الخيار فليس فى المقام معنيان قابلان لأن ينطبق عليهما الخيار و كان أحدهما متوقّفا على بقاء العين دون الآخر فلا وقع للتّرديد

و ما أفاده قدّس سرّه من أنّ إراده ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه فى كلمات الشّارع فيه ما لا يخفى فإنّ حاصل ما أفاده هو أنّ الردّ و إن كان مقابلا للخيار و لزوم بقاء العين فيما إذا ورد فى الأدلّه لفظ الردّ لا يقتضى لزوم بقائها إذا ورد فيها لفظ الخيار إلّا أنّ لفظ الخيار أيضا مردّد بين معنيين و لم يعلم ما أريد منه فى الأدلّه فيحتمل إراده معنى منه يتوقّف على بقاء العين

و لا يخفى أنّه ليس معنى الخيار فى الأدلّه إلّا ما هو اصطلاح المتأخّرين فيه فإنّهم استفادوا هذا المعنى من الأخبار و من كلمات القدماء و هذا المعنى لا يتوقّف على بقاء العين فإنّه فى مقابل لزوم العقد سواء كان ثابتا بجعل شرعىّ أم ناشيا من تخلّف الشّرط الضّمنى

نعم الخيار الجعلىّ المالكىّ يمكن تقييده بصوره بقاء العين و أمّا مع الإطلاق فحكمه حكم القسمين الأوّلين

أمّا الخيارات المجعوله شرعا كما فى خيار الحيوان و المجلس و التّأخير على وجه فالظّاهر من أدلّتها كقوله ع لو افترقا وجب البيع و قوله ع فإذا مضت ثلاثه أيّام فقد وجب الشّراء و قوله ع و إلّا أى لو لم يأت بالثمن فلا بيع بينهما كون الخيار فى مقابل اللّزوم العقدى الّذى لا ربط له بالعوضين مع أنّه لو منعنا الظّهور فى ذلك إلّا أنّه لا شبهه فى أنّ إطلاق الأدلّه يقتضى بقاء الخيار مع التّلف أيضا هذا مع أنّ الاستصحاب يقتضى بقاءه أيضا و ليس من الشكّ فى المقتضى لأنّه لو لم يحدث الأمر الزّمانى و هو التّلف نقطع ببقائه فى عمود الزّمان

و أمّا ما كان مستندا إلى تخلّف الشرط كخيار الغبن و العيب و الرّؤيه فتعلّقه بالعقد أوضح فإنّه ليس متعلّقا به و مجعولا فى ضمنه ابتداء بل المجعول هو الشّرط فإذا تخلّف فلا التزام حقيقه و نتيجه صحّه العقد و عدم الالتزام بالفاقد ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و عدم توقّفه على بقاء العين واضح و حاصل الكلام أنّه لا وجه لسقوط الخيار بتلف العين بعد كون يد المتعاقدين يد ضمان

غايه الأمر أنّ كلّا منهما يضمن مال صاحبه قبل القبض و يضمن ما انتقل إليه بعده و كون الشخص ضامنا لمال نفسه معناه أنّه لو

تلف ثمّ طرأ فسخ و انفساخ أو إقاله يجب عليه ردّ المثل أو القيمه و لا ينتقل إليه بدل التّالف مجانا فضـمانه يقتضـى عدم سقوط حـق الخيـار بتلف متعلّقه و إنّمـا المـانع عن إعمـاله عـدم كون ذى اليـد ضامنـا كمـا فى الهبه و لـذا يمتنع الرّجوع إذا تلف العين الموهوبه

[مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]

قوله قدّس سرّه مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه إلى آخره

لا يخفى

أنّه لا فرق بين يد الفاسخ و المفسوخ عليه فإنّ يد كلّ منهما يد ضـمان و مجرّد عدم أخذ الفاسخ ماله من المفسوخ عليه و إبقائه عنده لا يقتضـى أن تصير يده يد أمانه إلّا أن يجعله وكيلا فى الحفظ و إقدام الفاسخ على الفسخ ليس تسليطا للمفسوخ عليه على ماله فلا وجه لخروجه عن الضّمان

نعم قـد يتوهّم الإشـكال على أصل الضّـمان مطلقا و حاصـله أنّ الضّـمان بعـد الفسـخ إن كان هو الضـمان الثّابت عليهما قبله أى الضّمان المعاوضى فالمفروض انتفاء موضوعه هذا مع أنّه كان بالعوض المسمّى و هو ارتفع يقينا فبطل أصل الضّمان لامتناع بقاء الجنس مع ذهاب فصله و إن كان ضمان اليد فشمول دليل اليد للمقام مشكل لعدم تجدّد اليد و الاستيلاء على مال الغير

و لكنّك خبير بفساد التوهّم فإنّ المسـتفاد من دليل اليد أنّ كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه إلّا أن يتحقّق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتّى يقال إنه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشـمله قوله ص على اليد ما أخـذت بل اعتبر بالقرينه العقليّه فى موضوع الحكم بوجوب الأداء و لا شـبهه أنّه حين الحكم بوجوب الأداء هـذا العنوان موجود لأنّه فى هذا الحين مال الغير و إن لم يكن حين الأخذ كذلك

و بالجمله المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتّب عليه الضّـمان كما أنّه لو خرج عن هـذا العنوان يرتفع عنه الضّـمان ثم إنّه لاـ ينـافى ضـمان كـلّ منهمـا لمـا فى يـده مع جواز حبسه حتّى يسـلّم الآـخر مـا فى يـده لما تقـدّم أنّه من مقتضـيات عقد المعاوضه كاقتضائه التّسليم على كلّ منهما ابتداء

[القول فى القبض]

[مسأله اختلفوا فى ماهيّه القبض فى المنقول]

قوله قدّس سرّه اختلفوا فى ماهيّه القبض فى المنقول إلى آخره

لاـ يخفى أنّ معنى القبض متّحـد فى جميع الموارد و هو الاسـتقلال و الاستيلاـء على الشّـى ء و إنّما الاختلاف نشأ ممّا يتحقّق به القبض ففى غير المنقـول هـو التّخليه و فى المنقـول هو حصوله تحت اليـد و لاـ فرق بين أفراد المنقول من المكيـل و الموزون و المعـدود و غيرهـا و اعتبـار الكيـل و الوزن و العـدّ فى المكيـل و الموزون و المعـدود ليس لعـدم تحقّق القبض إلّا بها بل لـدليل خارجىّ كما أن مجرّد الكيل و الوزن و العدّ من دون التّسليم إلى من انتقلت هذه الأشياء إليه لا يتحقّق بها القبض

فممّـا ذكرنا ظهر أنّه لا وجه لعـدّ الاختلاف فى الآثار بين الإقباض و القبض من اختلاف معنى القبض لما عرفت من أنّ معناه فى جميع الموارد واحد فالأولى صرف الكلام إلى الأحكام المترتّبه على القبض فنقول الإقباض و القبض الّذى بمعنى الانقباض ليسا كالكسـر و الانكسـار بحيث لاـ يمكن التّفكيـك بينهما خارجا بل هما من قبيل الإيجاب و الوجوب فإنّ الكسـر و الانكسار ليس لهمـا مرتبه إنشائيّه بل هما أمران خارجيان لا يتحقّق كلّ منهما بـدون الآخر بخلاف الإيجاب و الوجوب فإنّ لهما مرتبه إنشائيّه و

مرتبه خارجيّه و الإنشائى من الإيجاب و إن لم ينفكّ من منشئه فى هذه المرتبه و لو صدر ممّن ليس له حقّ الإيجاب إلّا أنّ الخارجىّ منه و الّذى يترتّب عليه الأثر ينفك عن الإنشائى لأنّ السّافل و إن أنشأ جدّا و حقيقه إلّا أنّه لا يصير إيجابه منشأ لتحقّق الوجوب خارجا

و هذا حال جميع العقود و الإيقاعات فإنّ تأثيرها خارجا ينفكّ عن إيجادها أى إنشائها لفظا و ذلك واضح و حال القبض و الإقباض كحال الوجوب و الإيجاب لو قلنا بأنّ الإقباض هو التّخليه و الانقباض دخوله تحت اليد و الاستيلاء فإنّه

قد يتحقّق التّخليه و لا يتحقّق تحت الاستيلاء كما أنّه قد يقع دخوله تحت الاستيلاء من دون تسليط من له حقّ الإقباض فإذا اختلفا خارجا فلا بدّ من البحث عن أحكام القبض فى أنّها هل مترتبه على فعل المقبض أو على فعل القابض

فنقول الحكم لو كان تكليفيّا كوجوب الإقباض على الغاصب و على المتبايعين فيما يجب عليهما فلا محاله يترتّب على فعل المقبض لأنّ التّكليف يتعلّق بالمقدور فوجوب الإقباض على الغاصب هو رفع موانع استيلاء المغصوب منه على ماله لا وصوله تحت يده و لو كان وضعيّا فتاره ينشأ من قبل اشتراط أحدهما و أخرى من التعبّد فلو نشأ من الاشتراط فيصير الأمر كالتّكليفى لأنّ الشّرط راجع إلى ما هو تحت قدره المشروط عليه فلو شرط البائع على المشترى أن يبيع المبيع من زيد فمرجع الشّرط إلى وجوب عرض المشترى المبيع على زيد و إنشاء البيع من المشترى و أمّا شراء زيد و قبوله له فهو خارج عن الشّرط فلو قلنا بأنّ كون تلف المبيع قبل القبض من باب الشّرط الضّمنى فإذا رفع البائع موانع قبض المشترى و خلّى بينه و بين المبيع فهو برى ء من الضّمان و إن لم يتسلّمه المشترى

و لو نشأ من دليل التعبّد يراعى كيفيّه الجعل و ظاهر النّبوى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه أن رفع الضّمان بقبض المشترى و ظاهر روايه عقبه بن خالد حتّى يقبض المتاع و يخرجه من بيته هو أن رفعه بتخليه البائع فإنّ ظاهر قوله ع حتى يقبضه و إن كان موافقا لظاهر النّبوىّ لأنّ الإقباض خارجا بدون القبض لا يتحقّق إلّا أنّ عطف قوله ع و يخرجه من بيته على قوله يقبض المتاع يوجب صرف ظهور الإقباض عمّا هو ظاهر فيه و يجعله بمعنى التّخليه الصّرفه لأنّه ظاهر فى كونه تفسيرا له فلا بدّ من حمل أحد الخبرين على كونه واردا مورد الغالب و إذا لم يتحقّق ترجيح و أمكن حمل كلّ منهما على الغالب بأن يحمل روايه عقبه على الغالب من ملازمه الإخراج مع الوصول إلى المشترى فالمدار على الوصول إليه أو يحمل النّبوى على وروده مورد الغالب من ملازمه حصول القبض مع إقباض البائع فالمدار على فعل البائع فيتساقطان و المرجع هو الأصول و الاستصحاب يقتضى الضّمان إلّا إذا حصل القبض خارجا من إقباض البائع لو كان منشأ الضّمان التعبّد و أمّا لو كان منشؤه الشّرط الضّمنى فلا يجرى الاستصحاب لأنّ الاشتراط يرجع إلى ما هو فعل المشروط عليه

[الكلام فى أحكام القبض]

اشاره

قوله قدّس سرّه الكلام فى أحكام القبض إلى آخره

لا يخفى أنّه من القواعد المجمع عليها أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه و مع الغض عن الإجماع يدلّ عليه النّبوى و روايه عقبه بن خالد فأصل الحكم فى الجمله مسلّم و إنّما الكلام فى أنّه تعبّد صرف أو من باب اشتراط المتعاقدين و قبل تنقيح البحث عنه يجب ذكر معانى الألفاظ الوارده فى هذا العنوان التى أشير إليها إجمالا فى بحث الخيار و أحكامه

أمّا المبيع فلا يشمل بحسب اللّفظ الثّمن و لو قيل بشموله له مناطا كما سيجى ء إن شاء اللّه و أمّا التّلف فهو ظاهر فى التّلف

السّماوی أو ما یلحق به کما لو کان الإتلاف واجبا شرعا کمورد القصاص و الارتداد و صیروره العبد حرّا لا بفعل من مالکه کالمزمن و المعقد فمثل التنکیل خارج عن هذا الباب لأنّه إتلاف و إن ترتّب العتق علیه کترتّب المعلول علی علّته و کما إذا سرق المتاع و لا یعرف السّارق أو غصبه سلطان لا یرجی عوده و أمّا الإتلاف

من البائع أو المشترى أو الأجنبى فهو خارج عن هذه القاعده و لا يشمله النّص سواء قلنا بالتعبّديّه أو من باب اشتراط التّسليم لأنّه على أىّ حال لا موجب لانفساخ العقد بالإتلاف كما أشير إليه أيضا فى قاعده التّلف فى زمان الخيار و أمّا القبض فقد عرفت معناه و هو الاستيلاء على الشّى ء

و أمّا قوله فهو من مال بائعه فظاهره أنّ التّلف يقع فى ملك البائع و التّالف يصير من أمواله سواء جعل الظّرف لغوا متعلّقا بتالف أو مستقرا متعلّقا بثابت و على أىّ حال ليس معناه أنّ خسارته عليه كما فى الغصب و إلّا لكان اللّازم التّعبير بعلى البائع و نحوه فلا يمكن جعل الرّوايه دليلا على ثبوت الضّمان الواقعى من المثل أو القيمه

إذا عرفت ذلك فنقول أمّا أصل الضّمان فممّا لا إشكال فيه لأنّ المشترى لم يعط الثّمن مجّانا للبائع و لا البائع المثمن مجّانا للمشترى بل جعل كلّ منهما ماله بإزاء مال الآخر و هذا هو معنى الضّمان فى قاعده الخراج بالضّمان و فى قاعده كلّ ما يضمن بصحيحه فمعناه التعويض و إنّما الكلام فى أنّه كيف يقتضى التّلف انفساخ العقد لأنّ كون الثّمن عوضا عن المبيع و عدم كونه مجّانا معناه عدم هبه المشترى لا وقوع التّلف من البائع لأنّ المثمن ملك للمشترى و تلف فى يد غيره من دون تفريط فنقول معنى عدم المجانيّه و إن لم يقتض ذلك إلّا أنّ المعاوضه تتضمّن التزامات مطابقيّه و التزامات ضمنيّه

و من الالتزامات الضمنيّه تسليم البائع المثمن إلى المشترى خارجا فإذا لم يمكنه التّسليم يبطل العوضيّه فإن قلت تعذّر التّسليم لا يقتضى البطلان غايته ثبوت خيار تخلّف الشّرط للمشترى قلت لو بقى المال على قابليّه التّسليم غايه الأمر تعذّر العارض كالإباق أو السّرقه المرجوّ عوده أو امتنع البائع عنه فتلزم بالخيار

و أمّا لو لم يبق على قابليّه التّسليم كالتّلف و ما فى حكمه فلا معنى لخيار تخلّف الشّرط لأنّه بطل العوضيّه و امتنع الوفاء بالالتزام الضّمنى إن قلت امتناعه لا يقتضى أيضا بطلان المعاوضه غايه الأمر أنّه يجب على البائع ردّ المثل أو القيمه قلت لو كان الالتزام الضّمنى هو البدليّه على تقدير البقاء فالأمر كما ذكر و أمّا لو اقتضى البدليه على كلّ تقدير أى البدليّه المطلقه فحيث خرج المثمن عن كونه قابلا للبدليّه فلا بدّ من رجوع الثمن إلى ملك المشترى لاقتضاء المعاوضه ذلك

و بالجمله كلّ من المتعاقدين يجعل المبادله بين المالين اعتبارا و كذلك بينهما خارجا أى يعطى ماله و يأخذ عوضه و هذا معنى اشتراط التّسليم فمرجع اشتراطه إلى أخذ ما سمّاه فى عقد المعاوضه عوضا لا إلى أخذ البدل الواقعىّ فإذا بطل ما سمّاه فى عقد المعاوضه عن العوضيّه و خرج عن صلاحيّه البدليّه يخرج الآخر عن البدليّه فيرجع قهرا إلى مالكه و هذا معنى الانفساخ

ثم إذا رجع الثّمن إلى المشترى فلا بدّ أن يرجع المبيع إلى البائع و لا يمكن قياسه على الغصب فى أنّه مع بقاء المغصوب على ملك المغصوب منه يرجع بدله إليه لأنّ الغصب لم يكن فيه معاوضه حتّى لا يمكن الجمع بين العوض و المعوّض بل وجوب البدل على الغاصب من باب الغرامه و بدل الماليّه لا بدل العين

و فى المقام حيث إن بدليّه المثمن للثّمن كانت بالمعاوضه و المعاوضه إذا اقتضت خروج المعوّض عن ملك من دخل فى ملكه العوض و بالعكس فبطلانها مقتض للعكس فإذا دخل الثّمن فى ملك المشترى فلا بدّ أن يخرج المثمن عن ملكه بل قيل بذلك

فى الغصب أيضا

و كيف كان ففى المقام لا إشكال أنّ الانفساخ

كالفسخ فكما أنّ بالفسخ يرجع كلّ من العوضين إلى ملك مالكه الأصلى فكذلك فى الانفساخ و هذا ممّا لا إشكال فيه إنّما الكلام فى أنّ رجوع المبيع إلى ملك البائع قبل التّلف آنا ما أيضا على مقتضى القواعد أو تعبّد صرف و إلّا فمقتضى القواعد هو انفساخ المعامله و رجوع المبيع إلى البائع من جهه التّلف فهو معلول للتّلف فكيف يتقدّم عليه فنقول هذا أيضا على طبق القواعد و حقيقه المعاوضه تقتضى ذلك و يصير التّلف كاشفا لا علّه

و توضيح ذلك أنّه لو سلّم أن عقد المعاوضه اقتضى ضمان المسمّى لا المثل أو القيمه و لازمه انفساخ المعاوضه و أنّه اقتضى رجوع المثمن إلى البائع يجب أن يقال برجوعه إليه آنا ما قبل التّلف لأنّه بعد التّلف لا يصلح للرّجوع و لا قابليّه له للعوضيّه و المفروض أنّ بطلان المعاوضه يقتضى دخول ما خرج فإذا لم يبق ما خرج على صلاحيّه الدّخول اقتضى خلاف ما يقتضيه الانفساخ و مجرّد فرض التّالف موجودا لا يخرجه عن المعدوميّه فلا بدّ أن يلتزم بما هو صالح للرّجوع و الصّالح إنّما هو قبل التّلف فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ المحتملات أو الأقوال ثلاثه

الأوّل كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع تعبديّا صرفا مطلقا الثّانى كونه مطابقا للقاعده مطلقا أى و إن لم يكن نصّ فى المقام فجميع ما ذكرنا من الانفساخ و رجوع المثمن إلى ملك البائع و رجوعه إليه قبل التّلف هو مقتضى قواعد المعاوضات الثّالث التّفصيل بين الجهات بأن يكون أصل الانفساخ على طبق القاعده و أمّا تحقّقه قبل التّلف فبالنّص الخاص و هو الرّوايه و النّبوى

ثم إنّه يتفرع على الأوّل أنّه لا يمكن التعدّى من تلف المبيع إلى الثّمن و لا من البيع إلى غيره إلّا إذا استظهر كون الخصوصيّه ملغاه كما فى خيار العيب فإنّه يتعدى عن البيع إلى سائر المعاوضات بل إلى شبه المعاوضات من الخلع و مثله و أمّا لو علم دخل الخصوصيّه أو احتمل كما فى خيار المجلس فلا يمكن التعدّى

و على الثّانى و الثّالث يتعدّى إلى الثمن فى البيع و إلى المثمن فى جميع المعاوضات لأنّ أصل الانفساخ على القولين على طبق القواعد و كونه قبل التّلف أو بعده من جهه السّريان إلى غير البيع و فيه إلى الثمن لا أثر له بل على الظّاهر لا أثر له أصلا بل هو نزاع علمىّ فتدبّر

[مسأله تلف الثّمن المعيّن قبل القبض كتلف المبيع المعيّن]

قوله قدّس سرّه مسأله تلف الثّمن المعيّن قبل القبض كتلف المبيع المعيّن إلى آخره

لا يخفى أنّه حيث ثبت أنّ مقتضى المعاوضه مع إمضاء الشارع لها هو انفساخها بتلف كلّ واحد من العوضين قبل التّسليم فلا فرق بين تلف المثمن أو الثّمن و لا بين البيع و غيره من الصّلح و الإجاره بل لو قلنا بالتعبديّه فلا فرق أيضا بين تلف المبيع أو الثّمن فإنّ النّبوى و إن اختصّ بتلف المبيع إلّا أن روايه عقبه بن خالد صريح أو ظاهر فى سرايه هذا الحكم إلى الثمن أيضا فإنّ قوله ع فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتى يردّ إليه ماله صريح فى أنّ المبتاع هو المشترى و الضّمان الثّابت عليه هو الضّمان المعاوضى الثّابت على البائع و الضمير فى قوله لحقّه راجع إلى البائع فيصير مفاده أنّ المشترى لو قبض المبيع فهو ضامن

لحقّ البائع حتى يرد إليه الثمن فإذا تلف الثّمن قبل أن يردّه إليه ينفسخ المعاوضه و يرجع المبيع إلى البائع و احتمال كون المبتاع هو البائع مساوق لأن لا يكون للشّرط جزاء كما أن احتمال رجوع الضّمير إلى المشترى أو كون الضّمان عليه هو ضمان اليد لا المعاوضى احتمال

لا يعتنى به مع أنّ الرّوايه لو لم تكن صريحه فلا أقلّ من ظهورها فى سرايه الحكم إلى الثّمن فيكفى للمدّعى

نعم بناء على التعبّديه لا يتعدى من البيع إلى غيره من المعاوضات لأنّ إلغاء الخصوصيّه و استظهار أنّ المناط هو المعاوضه يتوقّف على شمّ الفقاهه خصوصا فى تسريه الحكم إلى شبه المعاوضات كعوض الخلع و المهر

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أمور أحدها ثبوت أصل الضّمان و ثانيها كون الضّمان ضمانا معاوضيّا لا ضمانا واقعيا فمقتضاه الانفساخ و ثالثها أنّ الانفساخ قبل التّلف آنا ما على طبق مقتضى المعاوضه فعلى هذا يجرى هذه الأحكام فى سائر المعاوضات و رابعها أنّ الضّمان يرتفع بتخليه البائع و إن لم يقبضه المشترى

و بقى هنا أمر آخر يجب التعرّض له و هو أنّه هل هذا الضّمان قابل للإسقاط أم لا و الحق عدم سقوطه بالإسقاط لا لأنّه إسقاط لما لم يجب لأنّ الضّمان فعليّ بمقتضى المعاوضه و لا لأنّه مجعول شرعيّ تعبدى لا يقبل الإسقاط لأنّ التعبّدى على قسمين قسم راجع إلى حقّ خلقى كخيار الحيوان أو قسم ممحّض فى كونه حكما شرعيا كلزوم النّكاح و جواز الهبه فلو كان من قبيل الثّانى فلا يقبل الإسقاط مطلقا لأنّه من آثار الحكم و هو المائز بينه و بين الحقّ و أمّا لو كان من قبيل الأوّل فلو رجع الإسقاط إلى أصل الجعل كما لو جعل العقد غير خياريّ فهذا راجع إلى الشّرط المخالف للكتاب أو لمقتضى العقد و أمّا لو رجع إلى إسقاط حقّه فلا محذور كما قدّمناه فى خيار المجلس بل لأنّ حكم الضّمان المعاوضى حكم ضمان الأعيان فكما أنّه ليس للمغصوب منه إسقاط الضّمان عن الغاصب مع بقاء يده على حالها من كونها يد ضمان فكذلك فى المقام لأنّ المعاوضه إن اقتضت الضّمان قبل القبض فقبل رفعها بالإقاله و قبل رفع عدم القبض بهبه أو إباحه لا يمكن أن يرفع مقتضاها

و بالجمله لا بدّ فى رفع الضّمان من رفع موضوعه فمع بقاء الموضوع على حاله لا يمكن رفع أثره إمّا لأنّه مخالف لأصل الجعل أو مخالف لمقتضى العقد فليس رفعه تحت استيلائه و سلطنته

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله قدّس سرّه لو تلف بعض المبيع قبل قبضه إلى آخره

لا شبهه فى أنّ تلف بعض المبيع كتلف كلّه لو كان البعض ممّا يقسّط عليه الثّمن فى عقد المعاوضه كتلف أحد العبدين اللّذين باعهما صفقه و تلف منّ من الحنطه من عشره أمنان سواء قلنا بأنّ القاعده على القاعده أو على التعبّد

أمّا بناء على الأوّل لأنّ التّلف إذا اقتضى انفساخ المعاوضه بالنّسبه إلى التّالف فيرجع التّالف آنا ما إلى ملك البائع

و أمّا على الثّانى فلأنّ المبيع و إن كان منصرفا عن بعض المبيع و ظاهره هو المنتقل إلى المشترى بعقد مستقلّ لا فى ضمن العقد الواقع على المجموع إلّا أنّ هذا الانصراف بدوى لصدق المبيع على كلّ جزء ممّا وقع عليه العقد و لذا لو لم يكن هذا الجزء موجودا أو مملوكا فى حال العقد يبطل البيع بالنّسبه إليه و يصحّ فى الباقى

و أمّـا لو لم يكن البعض ممّـا يقسّـط عليه الثّمن كيـد العبـد و رجله فحكمه حكم تلف الوصف و الحقّ فيه أنّ تلفه لا يوجب إلّا تحقّق الخيار للمشترى سواء كان الوصف ممّا ثبت فيه الأرش لو كان فى أوّل العقد مفقودا أو لم يكن

و بـالجمله لا فرق بين تلف وصف الصـحّه و سائر الأوصاف و تعـذّر الشّـرط فإن كلّها لو حـدث بعـد العقـد و قبل القبض يكون موجبا للخيار لا الأرش لأنّ تعهّد البائع بالتّسـليم موصوفا لا يقتضـى انفساخ المعاوضه بالنّسبه إليه بعد كونه موصوفا حال العقد و سرّه أنّ فى عقود المعاوضه لا يجعل مقدار من الثّمن مقابلا للوصف مطلقا فإنّ

الوصف و إن أوجب تفـاوت المبيع فى القيمه إلّـا أنّ القيمه تجعل بإزاء المبيع و لا تجعل مقـدار منها مقابلا للموصوف و مقـدار منها إذ الوصف فالانفساخ بلا موجب

غايه الأمر أنّ الملزم لقبول المشترى لم يتحقّق فله الردّ أو الإمضاء مجّانا لأنّ الالتزام فعلا بالفاقـد و قـد ظهر سابقا أنّ الأرش على خلاف القاعـده فلا يتعـدّى إلى غير مورده هـذا آخر ما وفّقنى اللّه تعالى لضـبطه ممّا اسـتفدت من تحقيقاته دام ظلّه فيما يتعلّق بالمكاسب المحرّمه و كتاب البيع و الخيارات و الحمد للّه أوّلا و آخرا و صلّى اللّه على محمّد و آله الطيّبين الطّاهرين

ثمّ لمّـا لـبّى شـيخنا المعظّم قـدّس اللّه تعـالى سـرّه داعى الحـقّ و جـاور ربّه الكريم طلب منّى جمـاعه من العلمـاء و الأعـاظم من إخوانى المؤمنين بل أمرونى بطبعه و نشـره ليكون تذكره لاسمه و ينتفع به أولو العلم من بعده فامتثلت أمرهم و أحببت أن ألحق به ما استفدته منه فى قاعده الضّرر و زيّنته تيمّنا بثالث و هو ما صنّفه قدّس سرّه فى حكم اللّباس المشكوك فيه فإنّه رساله شريفه تحتوى على جمله من القواعـد الفقهيّه و المسائل الأصوليّه و الـدّقائق الحكميّه و تأليف لطيف لم يكتب مثله فى الإماميّه فأقول و باللّه سبحانه و تعالى أستعين

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیهٔ العمل.

نشاطات المؤسسهٔ:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامهٔ المسابقات فی مطالعهٔ الکتب

إقامهٔ المعارض الالکترونیهٔ: المعارض الثلاثیهٔ الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنهٔ الدینیهٔ والسیاحیهٔ

إنتاج الأفلام الکرتونیهٔ والألعاب الکمبیوتریهٔ

افتتاح موقع القائمیهٔ الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیهٔ وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلهٔ والاستفسارات الدینیهٔ والأخلاقیهٔ والاعتقادیهٔ والردّ علیها

تصمیم الأجهزهٔ الخاصهٔ بالمحاسبهٔ، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالهٔ القصیرهٔ ((sms

إقامهٔ الدورات التعلیمیهٔ الالکترونیهٔ لعموم الناس

إقامهٔ الدورات الالکترونیهٔ لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسهٔ وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمهٔ؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیهٔ للکتاب علی موقع القائمیهٔ ویمکن تحمیلها علی الأنظمهٔ التالیهٔ

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیهٔ والانجلیزیهٔ والفارسیهٔ

الکلمهٔ الأخیرهٔ

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز
القائمیه
اصفهان
للبحوث والتحریات الکمبیوتریة
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للایصاء من فضلکم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹